Ministerie van Economische Zaken

Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2012 en 2014

Eindrapport, mei 2015

INHOUDSOPGAVE

1. INLEIDING

1.1. Aanleiding voor het onderzoek

Sinds 1 april 2013 is in Nederland op (overheids)opdrachten van (semi-)publieke instellingen en speciale sectoren en concessies van werken de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aanbestedingswet) van toepassing. Met deze wet geeft Nederland mede invulling aan de Europese richtlijnen voor aanbesteden. In de Aanbestedingswet is bepaald dat binnen twee jaar na inwerkingtreding van de wet de doeltreffendheid en effecten ervan worden onderzocht. Om invulling te geven aan deze verplichting heeft het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ) door externe bureaus drie onderzoeken laten uitvoeren:

1. Onderzoek naar:
   - de deelname van het midden- en kleinbedrijf bij overheidsopdrachten (kwantitatief);
   - de uitvoering van verschillende voorschriften (feitenonderzoek; kwantitatief);
   - de ervaringen van ondernemers en aanbestedende diensten (kwalitatief);
2. Onderzoek naar de lasten van aanbesteden (kwantitatief en kwalitatief);
3. Nalevingsmeting (kwantitatief);

Het Ministerie van Economische Zaken heeft zelf onderhavig onderzoek naar de aanbestedingsrechtspraak in de jaren 2012 en 2014 uitgevoerd (kwantitatief).

Tot slot is naast deze onderzoeken ook de op basis van de Aanbestedingswet ingestelde Commissie van Aanbestedingsexperts geëvalueerd.

Doel van het onderzoek
Het doel van dit onderzoek is om op basis van een kwantitatieve analyse inzicht te geven in de gevoerde gerechtelijke geschillen in de jaren 2012 en 2014. Het onderzoek geeft inzicht in de overeenkomsten en verschillen tussen deze twee jaren en maakt een vergelijking mogelijk met de gegevens uit het rapport 'Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 1 september 2004 – 31 augustus 2009' (hierna: rapport 2010).[1]

Vanwege de feitelijke inslag van het onderzoek bevat dit rapport, evenals het rapport 2010, geen kwalitatieve informatie over bijvoorbeeld de tevredenheid over de gerechtelijke procedure van de partijen die bij een rechtszaak betrokken waren of de redenen waarom tegen bepaalde categorieën aanbestedende diensten meer zaken worden aangespannen dan tegen andere.

---

[1] Van Doorne N.V. (2010). *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 1 september 2004 – 31 augustus 2009*, http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2010/10/15/jurispredentie-eindrapport.html.

1.2. Onderzochte uitspraken, bronnen

Voor dit onderzoek zijn 260 aanbestedingszaken onderzocht. Het betreft zaken van rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad.[2] Het onderzoek bevat zowel bodemprocedures als zaken in kort geding.

Het merendeel van de onderzochte uitspraken is gepubliceerd op de website www.rechtspraak.nl. Daarnaast zijn er uitspraken meegenomen die zijn gepubliceerd in het tijdschrift Jurisprudentie Aanbestedingsrecht (JAAN).

Het onderzoek is beperkt tot uitspraken die betrekking hebben op het verloop van een gehouden aanbesteding en uitspraken waarin aan de orde is of een aanbestedingsplicht bestond. Uitspraken over geschillen die zien op gebeurtenissen na gunning van een opdracht, zoals geschillen over de uitvoering van een opdracht of de inhoud van de overeenkomst, vormen geen onderdeel van dit onderzoek.

1.3. Onderzoeksperiodes

Het onderzoek is verdeeld over twee onderzoeksperiodes. De eerste onderzoeksperiode betreft uitspraken die zijn gedaan tussen 1 januari 2012 en 31 december 2012 en de tweede onderzoeksperiode bestrijkt uitspraken die zijn gedaan in de periode 1 januari 2014 tot en met 31 december 2014. De datum van *uitspraak* is dus leidend en niet die van *publicatie van de uitspraak*.[3] Doordat beide periodes exact een jaar beslaan is de best mogelijke vergelijking mogelijk tussen de rechtspraak van vóór en na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet. Ook wordt er, met de keuze voor deze periodes, gebruik gemaakt van de meest recente gegevens. Bovendien bleek uit een quickscan van de uitspraken die tussen de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet op 1 april 2013 en 31 december 2013 zijn gedaan, dat deze uitspraken bijna allemaal zagen op wetgeving van vóór inwerkingtreding van de Aanbestedingswet en dus geen goed beeld gaven van wat de effecten van de inwerkingtreding van die wet waren op de rechtspraak. Ook enkele uitspraken uit het jaar 2014 zijn nog gewezen onder het oude recht.

1.4. Onderzoeksopzet

Het onderzoek bestond uit drie fases: de selectie van de uitspraken, de invoer en de analyse van die gegevens en de beschrijving daarvan in dit rapport.

---

[2] Evenals in het rapport 2010 zijn uitspraken van de Raad van Arbitrage ook betrokken bij dit onderzoek, maar er bleken geen uitspraken binnen het te onderzoeken tijdvak te vallen, zie voor een nadere uitleg paragraaf 2.3.

[3] De meeste uitspraken worden spoedig nadat ze zijn gedaan, gepubliceerd. In sommige gevallen laat dat echter enige tijd op zich wachten. Tot en met 9 maart 2015 is gecontroleerd of er nog uitspraken die zijn gedaan in 2014, zijn gepubliceerd. Eventuele uitspraken uit 2014 die na 9 maart 2015 zijn gepubliceerd zijn dus niet meer meegenomen in dit onderzoek.

Selectie van uitspraken
Bij de selectie van uitspraken is dezelfde methode gehanteerd als in het rapport 2010: in eerste instantie is gezocht op het trefwoord 'aanbesteding', inclusief aanverwante termen en vervolgens zijn uit de zoekresultaten de uitspraken gefilterd die daadwerkelijk betrekking hebben op een aanbestedingsprocedure.

Ook voor de definitie van het begrip 'aanbestedingsprocedure' is aangesloten bij de definitie zoals deze is gehanteerd in het rapport 2010. In dat rapport is de definitie gebruikt die de Hoge Raad op 4 april 2003 heeft gegeven in het *Conformed*-arrest.[4] In dat arrest nam de Hoge Raad aan dat sprake is van een aanbestedingsprocedure indien een bepaalde kring van leveranciers is gevraagd een aanbieding te doen en na beoordeling van de aanbiedingen, een marktpartij is gekozen.

Deze definitie beperkt zich niet louter tot zaken waarin de aanbesteder kwalificeert als een aanbestedende dienst in de zin van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: 'Bao') of in de zin van de Aanbestedingswet, maar ziet ook op zaken waarin de aanbesteder een niet aanbestedingsplichtige private partij is. Bij het selecteren van de zaken is zoveel als mogelijk getracht om zaken waarin de aanbesteder niet kwalificeert als aanbestedende dienst niet op te nemen in het onderzoek. Voor dit onderzoek vallen speciale-sectorbedrijven in de categorie 'aanbestedende dienst'. Omdat het soms niet (eenvoudig) uit de uitspraak kan worden afgeleid of een aanbesteder een aanbestedende dienst is, zijn er mogelijk enkele uitspraken onderzocht waarin de aanbesteder een niet aanbestedingsplichtige private partij is.[5]

Invoer gegevens
In de tweede fase van het onderzoek zijn de geselecteerde uitspraken bestudeerd en de relevante gegevens ingevoerd. Waar sommige gegevens eenvoudig zijn vast te stellen, zoals het feit dat de zaak een kort geding of een bodemzaak betreft, zijn andere gegevens moeilijker te achterhalen. Bij sommige uitspraken is dan ook ingevuld dat bepaalde gegevens 'onbekend' zijn.
Zoals ook werd opgemerkt in het rapport 2010, brengt met name de categorie 'wijze van toetsing' (inhoudelijk of marginaal) onvermijdelijk enige subjectiviteit met zich mee. Evenals het rapport 2010, zijn daarom twee tussencategorieën gehanteerd (meer inhoudelijk dan marginaal, meer marginaal dan inhoudelijk.[6]

Analyse gegevens
Aan de hand van de ingevoerde gegevens is een analyse uitgevoerd, waarin wordt ingegaan op de aandachtspunten die aan bod zijn gekomen in het rapport 2010. In aanvulling daarop is gekeken naar wat de exacte klacht was in zaken waarin op grond van het proportionaliteitsbeginsel werd geprocedeerd en is voor het jaar 2014 ook gekeken of de zaak zag op een klacht die ook bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: 'CvAE') aanhangig was gemaakt en zo ja, hoe de rechter omging met het oordeel van de CvAE.

---

[4] HR 4 april 2003, *LJN* AF2830.
[5] Zie ook het rapport 2010, p. 5-6.
[6] Zie ook paragraaf 4.2.

1.5. Opbouw van het rapport

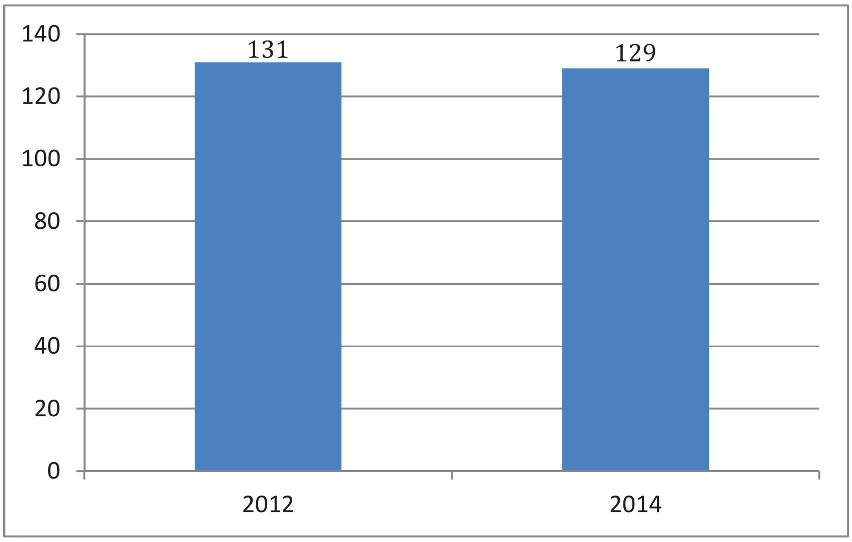
In de hoofdstukken 2 tot en met 4 worden de uitkomsten van het onderzoek behandeld. Hoofdstuk 2 bevat algemene informatie over de uitspraken, zoals het aantal uitspraken, de typen gerechtelijke instellingen die uitspraak hebben gedaan en informatie over de gedaagden en eisers. Hoofdstuk 3 behandelt het onderwerp van de uitspraken en bevat informatie over het soort opdracht en de fase in de aanbestedingsprocedure waarop de uitspraak betrekking heeft. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens de inhoud van het geschil nader bekeken. Onderwerpen als de gronden voor het starten van een gerechtelijke procedure, de wijze van toetsing en de uitkomst van de gerechtelijke procedure komen daarin aan bod. Ten slotte bevat hoofdstuk 5 de samenvatting en conclusies van dit onderzoek.

2. ALGEMENE INFORMATIE OVER DE UITSPRAKEN

2.1. Ontwikkeling van de aantallen uitspraken

De aantallen uitspraken die zijn gedaan in het jaar 2012 en 2014 zijn nagenoeg gelijk: 131 in 2012 en 129 in 2014 (zie figuur 1). Dit aantal ligt iets onder het aantal uitspraken dat volgens het rapport 2010 in de jaren 2007-2009 werd gedaan. Dat waren er ongeveer 140 per jaar.

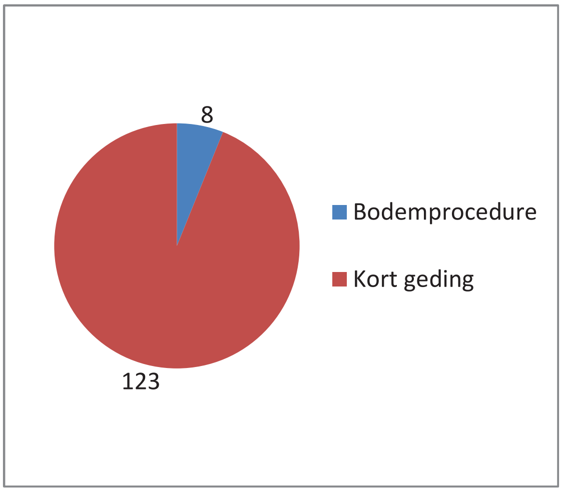
De inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 heeft daarmee vooralsnog geen invloed gehad op het aantal uitspraken dat per jaar wordt gedaan.



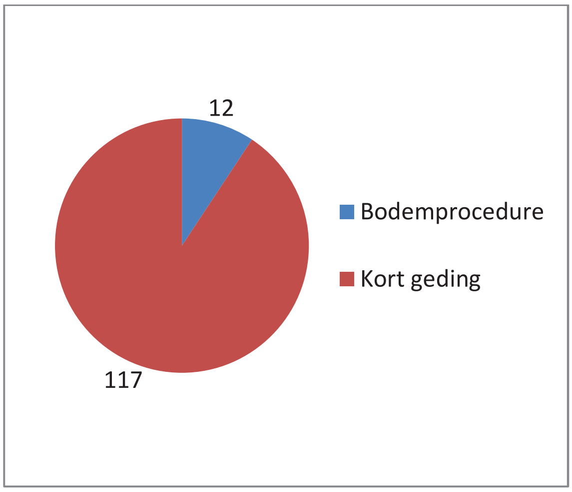
Figuur 1: Aantal onderzochte zaken per onderzoeksjaar

2.2. Type rechtszaken

In beide jaren betreft het overgrote deel van de zaken een kort geding. In 2012 waren acht van de 131 zaken een bodemprocedure (ruim 6%) (zie figuur 2a). In 2014 betrof dit twaalf van de 129 zaken (ruim 9%) (zie figuur 2b). In het rapport 2010 was dit percentage voor de laatste twee jaren die werden onderzocht respectievelijk negen en vier.



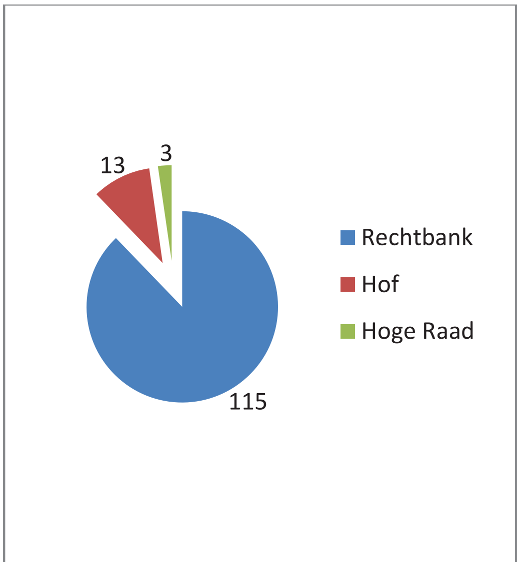
Figuur 2a: Type rechtszaken, 2012



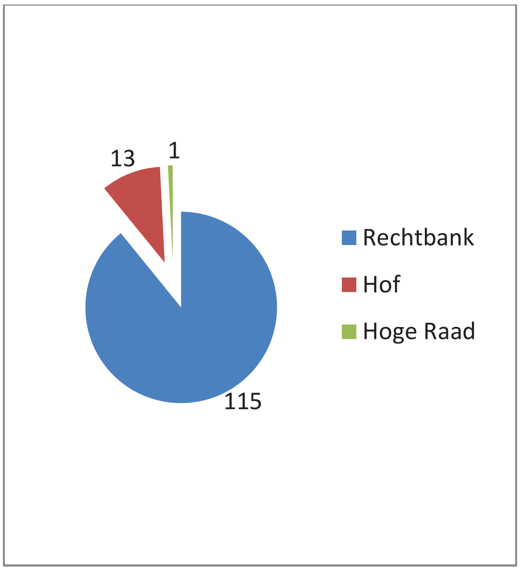
Figuur 2b: Type rechtszaken, 2014

2.3. Type gerechtelijke instelling

Figuren 3a en b laten zien dat het aantal uitspraken in eerste aanleg en hoger beroep in de twee onderzoeksperiodes gelijk was en dat louter het aantal uitspraken van de Hoge Raad verschillend was tussen de twee periodes (drie in 2012 en één in 2014). Het rapport 2010 liet soortgelijke verhoudingen zien tussen de aantallen uitspraken van de verschillende gerechten.



Figuur 3a: Type gerechtelijke instelling, 2012



Figuur 3b: Type gerechtelijke instelling, 2014

In het rapport 2010 zijn louter uitspraken van gerechtshoven en de Hoge Raad in het onderzoek betrokken wanneer de uitspraak in eerste aanleg ook binnen de onderzoeksperiode viel. Er is voor gekozen om deze lijn in het onderhavige onderzoek niet voort te zetten. De reden hiervoor is dat de gekozen onderzoeksperiodes dit bemoeilijken. Er zit vaak enige tijd tussen de uitspraak in eerste aanleg en die in hoger beroep of zelfs cassatie, waardoor bijvoorbeeld een

uitspraak in hoger beroep van een zaak waarin het geding in eerste aanleg in 2012 plaatsvond, vaak in 2013 werd gedaan en dus buiten de onderzoeksperiode valt. Hierdoor zijn er in dit onderzoek weinig uitspraken waarin de uitspraak in eerste aanleg en de (eventuele) uitspraken in hoger beroep en cassatie binnen de onderzoeksperiode vallen. Om die reden is met betrekking tot een aantal resultaten in dit onderzoek louter gekeken naar de uitspraken van de rechtbanken. Wanneer dit het geval is, wordt dat expliciet aangegeven.

Waar het rapport 2010 al een sterke afname van het aantal uitspraken van de Raad van Arbitrage liet zien, heeft de Raad van Arbitrage, voor zover bekend, in de onderzoeksperiodes 2012 en 2014 geen uitspraak gedaan die binnen de scope van dit onderzoek valt. De verklaring hiervoor valt te vinden in de in het rapport 2010 genoemde introductie van het Aanbestedingsreglement Werken (ARW).[7] Op grond van het ARW is niet langer de Raad van Arbitrage bevoegd, maar de gewone rechter. Vóór de introductie van de Aanbestedingswet hadden de Rijksoverheid en veel andere aanbestedende diensten zichzelf de verplichting opgelegd om het ARW te gebruiken bij aanbestedingen van werken. Met de introductie van de Aanbestedingswet zijn alle aanbestedende diensten verplicht om bij de aanbesteding van werken onder en boven de drempel (de meest recente versie van) het ARW na te leven.

2.4. Uitspraken per gerechtelijke instelling

Per 1 januari 2013 is de gerechtelijke kaart gewijzigd. De negentien rechtbanken zijn samengevoegd tot tien nieuwe rechtbanken en het aantal gerechtshoven is van vijf naar vier gegaan. Vervolgens is op 1 april 2013 de nieuwe rechtbank Oost-Nederland gesplitst in de rechtbanken Overijssel en Gelderland.[8]

De gerechtelijke kaart in de onderzoeksperiode 2012 is dus niet gelijk aan die in 2014. Om een vergelijking tussen de twee periodes mogelijk te maken, is bij de samenstelling van de figuren 4 en 5 uitgegaan van de gerechtelijke kaart zoals deze bestond in 2014. Dit betekent dat voor het jaar 2012 de zaken van rechtbanken die in 2014 zijn samengevoegd bij elkaar zijn genomen en dat voor de benaming is uitgegaan van de benaming zoals deze gold in 2014 (zie tabel 1).

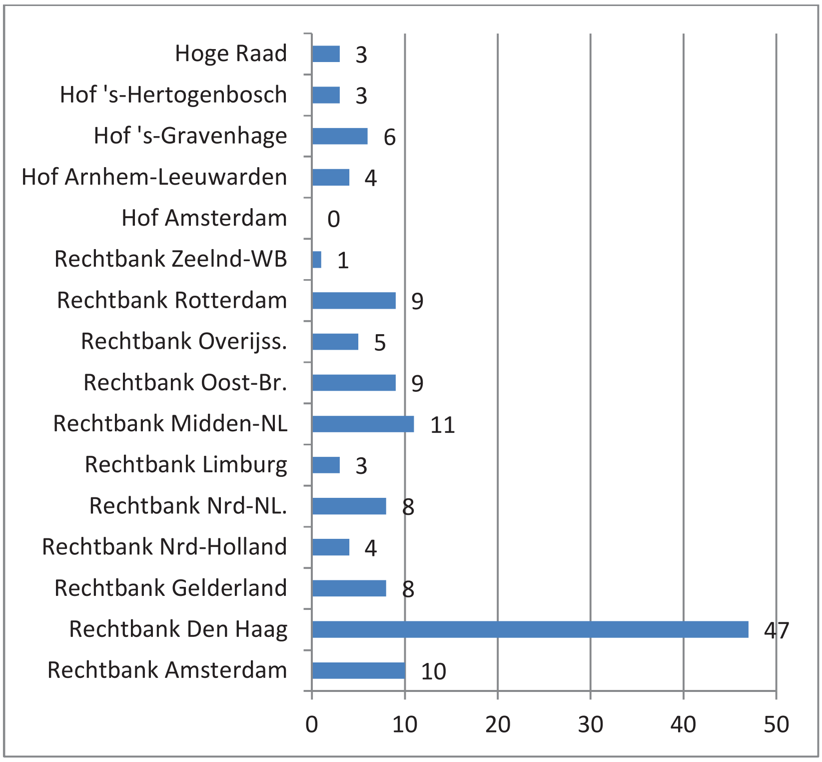
2012	2014
Rechtbank Alkmaar	Rechtbank Noord-Holland
Rechtbank Almelo	Rechtbank Overijssel
Rechtbank Amsterdam	Rechtbank Amsterdam
Rechtbank Arnhem	Rechtbank Gelderland
Rechtbank Assen	Rechtbank Noord-Nederland

[7] Het eerste ARW werd in 2004 geïntroduceerd en in 2005 gewijzigd. Tegelijkertijd met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet, trad ook het ARW 2012 in werking.
[8] Zie voor meer informatie: http://www.rechtspraak.nl/recht-in-nederland/themadossiers/herziening-gerechtelijke-kaart-nederland/pages/default.aspx.

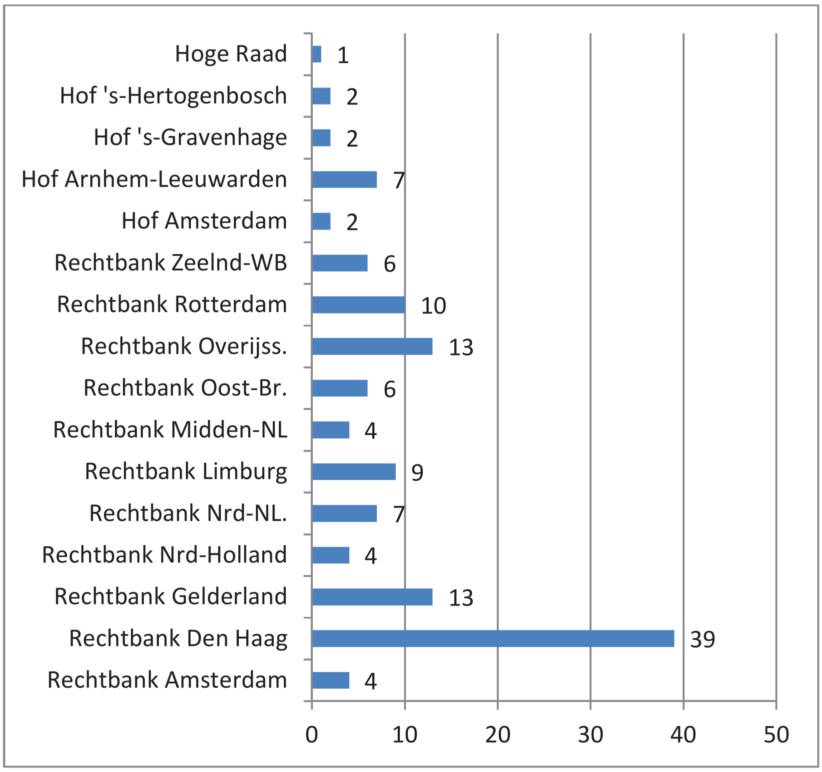
Rechtbank Breda	Rechtbank Zeeland-West Brabant
Rechtbank Dordrecht	Rechtbank Rotterdam
Rechtbank Groningen	Rechtbank Noord-Nederland
Rechtbank Haarlem	Rechtbank Noord-Holland
Rechtbank Leeuwarden	Rechtbank Noord-Nederland
Rechtbank Maastricht	Rechtbank Limburg
Rechtbank Middelburg	Rechtbank Zeeland-West Brabant
Rechtbank Roermond	Rechtbank Limburg
Rechtbank Rotterdam	Rechtbank Rotterdam
Rechtbank 's-Gravenhage	Rechtbank Den Haag
Rechtbank 's-Hertogenbosch	Rechtbank Oost-Brabant
Rechtbank Utrecht	Rechtbank Midden-Nederland
Rechtbank Zutphen	Rechtbank Overijssel
Rechtbank Zwolle	Rechtbank Midden-Nederland
Rechtbank Zwolle-Lelystad	Rechtbank Midden-Nederland
Hof Amsterdam	Hof Amsterdam
Hof Arnhem	Hof Arnhem-Leeuwarden
Hof Leeuwarden	Hof Arnhem-Leeuwarden
Hof 's-Gravenhage	Hof 's-Gravenhage
Hof 's-Hertogenbosch	Hof 's-Hertogenbosch

Tabel 1: Benaming gerechtelijke instellingen in 2012 en 2014.

Evenals in het rapport 2010, heeft de rechtbank Den Haag in 2012 en 2014 de meeste uitspraken gedaan: respectievelijk 47 van de 131 (36%) en 39 van de 129 (31%). In 2012 neemt de rechtbank Midden-Nederland een tweede plaats met 8% van de zaken. In 2014 is het percentage zaken van rechtbank Midden-Nederland nog maar 3% en worden bij de rechtbanken Overijssel en Gelderland na de rechtbank Den Haag de meeste uitspraken gedaan (beide 10%; zie figuren 4a en b). Bij dit overzicht moet wel worden opgemerkt dat deze figuren louter zien op het aantal uitspraken en geen inzicht geven het aantal zaken dat aanhangig is gemaakt maar waarin de uitspraak nog op zich laat wachten.

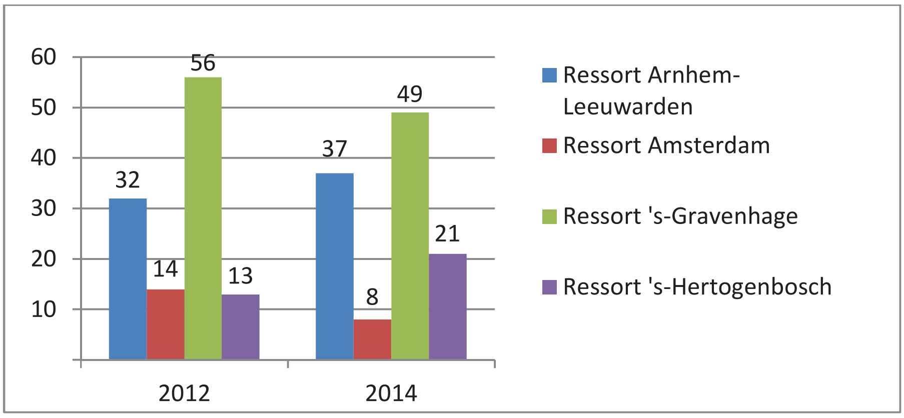


Figuur 4a: Aantal onderzochte uitspraken per gerechtelijke instelling, 2012



Figuur 4b: Aantal onderzochte uitspraken per gerechtelijke instelling, 2014

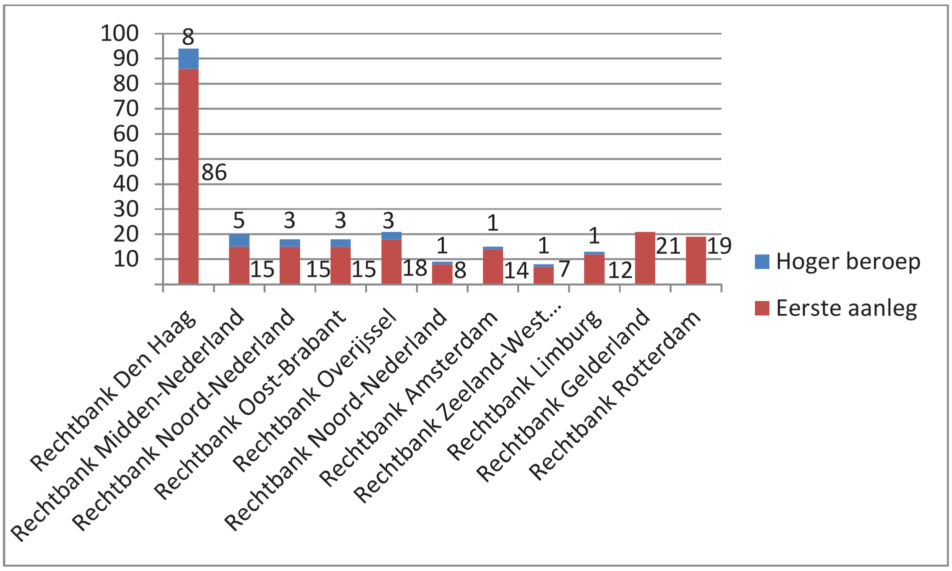
Wanneer wordt gekeken naar de onderverdeling van de rechtbanken naar ressort, blijkt evenals in het rapport 2010 dat de rechtbanken in het ressort ’s-Gravenhage de meeste uitspraken hebben gedaan (56 in 2012 en 49 in 2014). De rechtbanken in het ressort Arnhem-Leeuwarden hebben respectievelijk 32 en 37 uitspraken gedaan, die in het ressort ’s-Hertogenbosch dertien en 21 en in Amsterdam respectievelijk veertien en acht. Hierbij moet wel worden vermeld dat de samenstelling van de ressorts (aanzienlijk) veranderd is ten opzichte van het rapport 2010, waardoor een vergelijking met de gegevens uit dat rapport niet mogelijk is op basis van figuur 5.



Figuur 5: Aantal onderzochte uitspraken per ressort

Evenals in het rapport 2010 werden de uitspraken van de rechtbank Den Haag in absolute zin het meest aangevochten in hoger beroep: het gerechtshof ’s-Gravenhage deed in de gehele onderzoeksperiode acht keer uitspraak in een zaak die in eerste aanleg was behandeld door de rechtbank Den Haag. Dit is 9% van het totaal aantal uitspraken van deze rechtbank.

Tegen vijf van de vijftien zaken van de rechtbank Midden-Nederland is hoger beroep ingesteld (33%). Bij zowel de rechtbank Noord-Nederland als bij de rechtbank Oost-Brabant is dat in drie van de vijftien zaken (20%). Tegen de uitspraken van de rechtbanken Gelderland en Rotterdam is geen beroep aangetekend (zie figuur 6). Relatief gezien is dus minder vaak in beroep gegaan tegen de uitspraken van de rechtbank Den Haag.



Figuur 6: Aantal onderzochte uitspraken per gerechtelijke instelling, gehele onderzoeksperiode

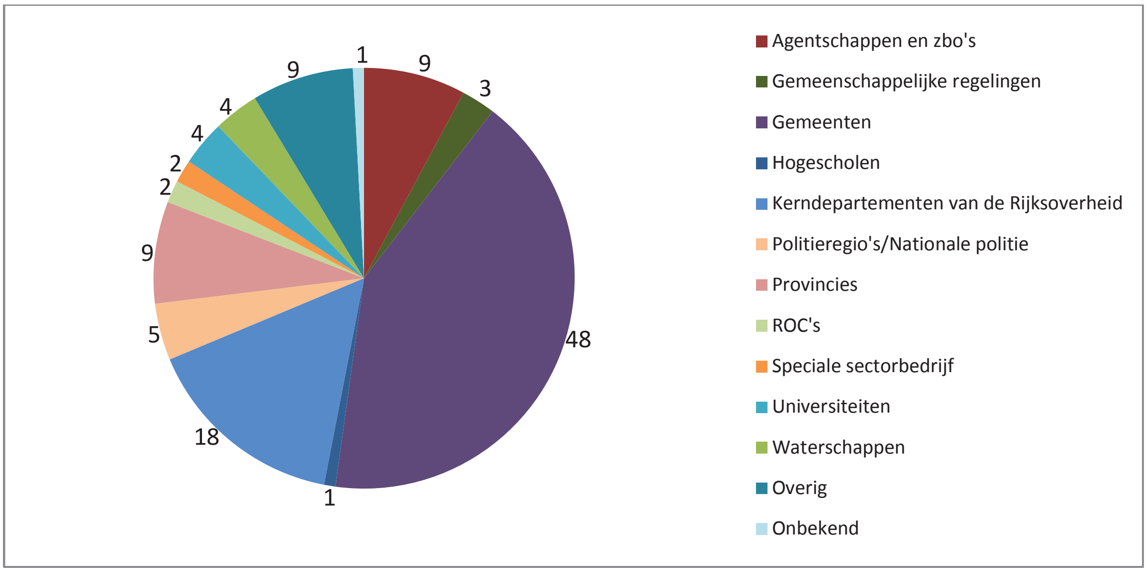
In vijf van de in totaal 26 zaken (19%) in hoger beroep is het hoger beroep ingesteld door de aanbestedende dienst. In één van die vijf zaken had de aanbestedende dienst voor uitspraak van het gerechtshof de opdracht alsnog gegund aan de ondernemer die de zaak in eerste instantie had aangespannen. In die zaak werd wel nog uitspraak gedaan. In drie van de vier overige zaken bekrachtigde het gerechtshof de eerdere uitspraak van de rechtbank en werd de aanbestedende dienst dus niet in het gelijk gesteld. Slechts in één geval was het hoger beroep van de aanbestedende dienst succesvol (25%). Ondernemers kwamen in drie van de 21 zaken die door hen zijn ingesteld als winnaar uit de bus (14%). Het in het rapport 2010 geschetste beeld dat ondernemers weinig in het gelijk gesteld worden in hoger beroep wordt in dit onderzoek bevestigd. In vergelijking met het rapport 2010 zijn de percentages van succesvol hoger beroep voor aanbestedende diensten echter ook flink achteruit gegaan van 73% naar 25%. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het om een zeer klein aantal zaken gaat, het is daarom op basis van deze gegevens niet mogelijk om een betrouwbare voorspelling te doen over de toekomst.

Van de vier uitspraken van de Hoge Raad zijn er twee zaken waarbij de aanbestedende dienst cassatie heeft ingesteld en twee waarbij dat is gedaan door de ondernemer. Voor zowel de aanbestedende diensten als de ondernemers geldt dat zij in één geval in het gelijk werden gesteld en in het andere geval niet.

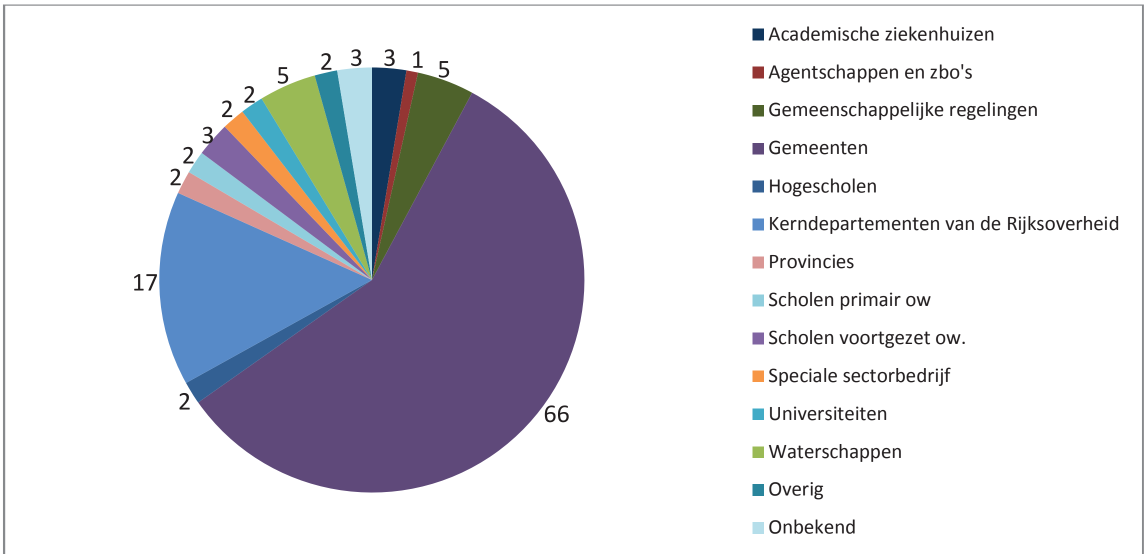
2.5. Betrokken aanbestedende diensten (gedaagden)

Evenals in het rapport 2010 is ervoor gekozen om bij de analyse van welke aanbestedende diensten als gedaagde zijn betrokken bij een zaak, louter te kijken naar de zaken in eerste aanleg (in beide onderzoeksperiodes 115, zie paragraaf 2.2). Dit teneinde dubbeltellingen te voorkomen. In al deze zaken was een ondernemer de eisende partij.

Het algemene beeld dat naar voren komt van het soort aanbestedende diensten waartegen een zaak aanhangig wordt gemaakt is voor beide onderzoeksperiodes vergelijkbaar met het beeld dat naar voren komt uit het rapport 2010. Wel zijn er enkele verschuivingen waarneembaar (zie figuren 7a en b). In het rapport 2010 werd 44% van het aantal zaken aangespannen tegen een gemeente. In 2012 was dit in 42% van de gevallen en in 2014 in 57%. Evenals in het rapport 2010 staan de kerndepartementen van de Rijksoverheid op de tweede plaats. Tegen hen werden in 2012 achttien zaken aangespannen en in 2014 zeventien (respectievelijk 14% en 13%, dit was 14% in het rapport 2010). Een opvallend verschil is te zien in het aantal zaken dat werd aangespannen tegen provincies. Waar dit in 2012 nog 4% betrof, was dit 0,9% in 2014 (dit was 5,5% in het rapport 2010).



Figuur 7a: Soorten aanbestedende diensten (gedaagden in eerste aanleg), 2012



Figuur 7b: Soorten aanbestedende diensten (gedaagden in eerste aanleg), 2014

In de restcategorie overig (8% in 2012 en 2% in 2014) vallen onder meer zorginstellingen en overheidsstichtingen. Anders dan in het rapport 2010 is ervoor gekozen om de speciale-sectorbedrijven (o.a. luchthavens, energiebedrijven) niet onder de categorie 'overig' te laten vallen maar een aparte categorie te laten zijn. Ook moet worden opgemerkt dat in het rapport 2010 zaken tegen openbaar vervoer bedrijven in de categorie 'overig' vielen. Aangezien in de zaken tegen openbaar vervoer bedrijven in 2012 en 2014 op grond van de Wet Personenvervoer 2000 en de daaraan ten grondslag liggende Europese regelgeving werd geprocedeerd en niet op grond van de aanbestedingswet- en regelgeving die deel uit maakt van dit onderzoek, zijn die zaken in het onderhavige onderzoek niet meegenomen. Ten slotte zijn er een aantal zaken waarin de vraag centraal staat of een zorgkantoor van een zorgverzekeraar een aanbestedende dienst is niet meegenomen in dit onderzoek. Reden daarvoor is dat de rechters hierover tot nu toe verschillend oordelen, waardoor in de ene uitspraak wel sprake is van een aanbestedende dienst en in de andere niet.

Vergelijking met aantallen gehouden aanbestedingen
In het rapport 2010 werd opgemerkt dat het niet verwonderlijk is dat tegen gemeenten meer zaken zijn aangespannen, omdat zij nu eenmaal meer aanbestedingsprocedures houden dan andere aanbestedende diensten. Om die hypothese te testen zijn vervolgens in dat rapport de gegevens die waren verzameld voor de Nalevingsmeting Europees aanbesteden over de jaren 2005-2008 gebruikt, om inzicht te krijgen in het percentage zaken dat werd aangespannen per categorie aanbestedende dienst afgezet tegen het totale aantal aanbestedingsprocedures dat die aanbestedende dienst had gehouden (zie p. 15-17 rapport 2010). Daarbij werd wel aangegeven dat deze cijfers slechts een indicatief karakter hadden omdat de Nalevingsmeting louter op Europese aanbestedingsprocedures ziet, terwijl de onderzochte rechtszaken ook nationale aanbestedingsprocedures betroffen. Bovendien werd in de Nalevingsmeting elk afzonderlijk perceel als afzonderlijke aanbesteding aangemerkt, terwijl in de onderzochte rechtszaken de geschillen die betrekking hadden op verschillende percelen doorgaans in één rechtszaak werden behandeld.

Over de jaren 2012 en 2014 heeft het Ministerie van EZ wederom een Nalevingsmeting laten doen inzake Europese aanbestedingen.[9] In dat rapport wordt aangegeven dat de respons op de gegevensuitvraag relatief laag was, waardoor de nalevingspercentages een ruime betrouwbaarheidsinterval hebben. Dit ruime betrouwbaarheidsinterval gecombineerd met de kanttekeningen die in het rapport 2010 al werden gemaakt bij de vergelijking tussen het aantal aanbestedingen dat is gerapporteerd in de Nalevingsmeting en het aantal rechtszaken dat is aangespannen, maakt een dergelijke vergelijking in onderhavig rapport niet goed mogelijk.

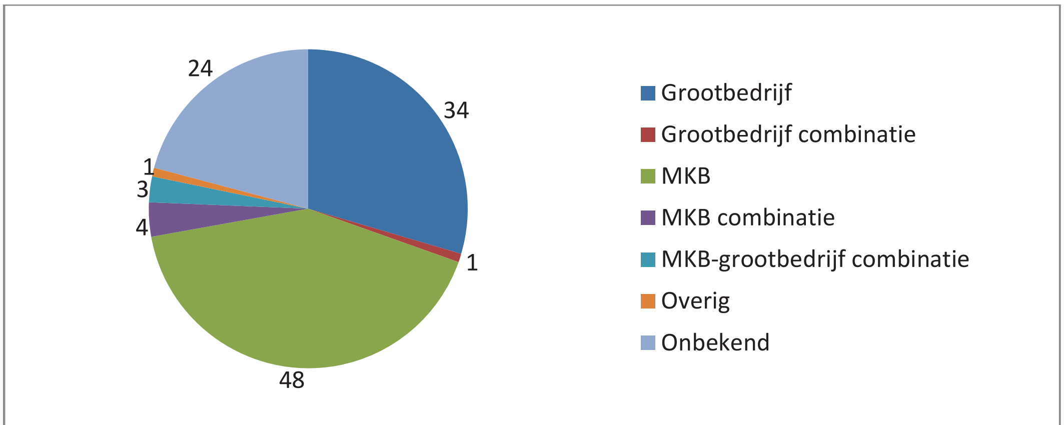
[9] Significant, Nalevingsmeting 2012 en 2014.

2.6. Betrokken ondernemers (eisers)

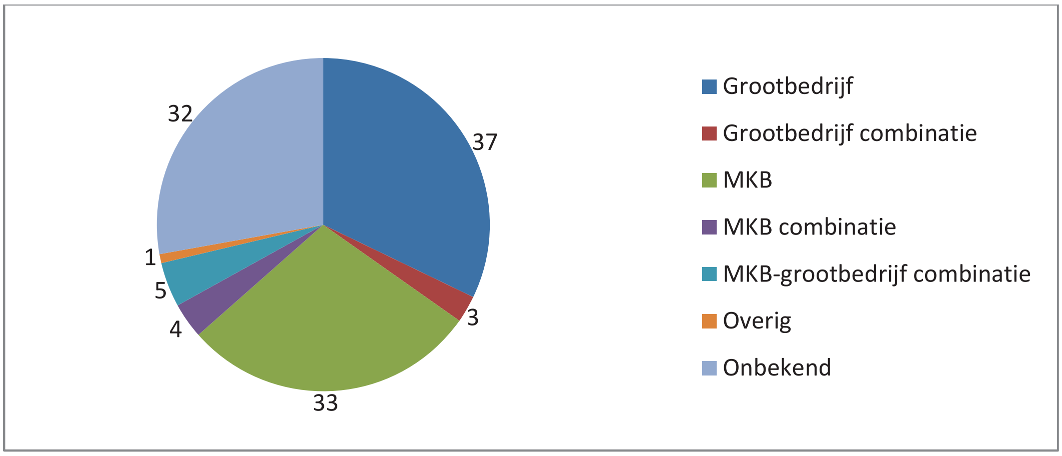
In alle zaken in eerste aanleg waren één of meer ondernemers en/of één of meer combinaties van ondernemers de eiser(s) in eerste aanleg. Voor de onderverdeling van ondernemers in de categorieën grootbedrijf of midden-of kleinbedrijf (hierna: MKB) is evenals in het rapport 2010 aangesloten bij het door de Europese Commissie gehanteerde begrip van MKB. Derhalve wordt in dit onderzoek een bedrijf met ten minste 250 werknemers aangemerkt als 'grootbedrijf' en een bedrijf met minder dan 250 werknemers als MKB. Ter bepaling van het aantal werknemers is gebruik gemaakt van informatie die openbaar toegankelijk is.

In 2012 behoorden 48 van de 115 eisende ondernemingen tot het MKB (42%). In 2014 waren dit 33 ondernemingen, 29% van het totaal (dit was 36% in het rapport 2010). 34 van de 115 eisende ondernemingen in 2012 was een grootbedrijf (30%). In 2014 was dit percentage ligt gestegen naar 32% (dit was 38% in het rapport 2010). Het aantal zaken waarin een combinatie van louter grootbedrijven procedeerde lag in beide jaren erg laag (1% in 2012 en 3% in 2014). Een combinatie van ondernemingen in het MKB kwam in beide onderzoeksperiodes vier keer voor (3%) en een combinatie van grootbedrijven en ondernemingen in het MKB kwam in 2012 drie keer voor en in 2014 vijf keer respectievelijk 3% en 4%) (zie figuren 8a en b). De lage percentages van zaken die worden aangespannen door de verschillende soorten combinaties, komen overeen met die in het rapport 2010.

De categorie 'onbekend' betreft met name gevallen waarin de eiser anoniem is. In enkele gevallen betreft de categorie 'onbekend' een onderneming waarvan de naam wel bekend is, maar waarvan het aantal werknemers niet te achterhalen viel (met name buitenlandse ondernemingen). Zowel in 2012 als in 2014 betreft de ene zaak in de categorie 'overig' een stichting. Waar in 2012 van 21% van de zaken de omvang van de onderneming onbekend was, betrof dat in 2014 28% (was 22% in het rapport 2010). Tijdens de analyse viel op dat dit komt doordat in 2014 meer anoniem is geprocedeerd. De toename van het aantal 'onbekende' eisers met 7%, kan wellicht een (deel van de) verklaring vormen voor de daling van 13% van het aantal zaken dat door ondernemingen in het MKB werd aangespannen.



Figuur 8a: Soorten eisende ondernemers (eerste aanleg), 2012

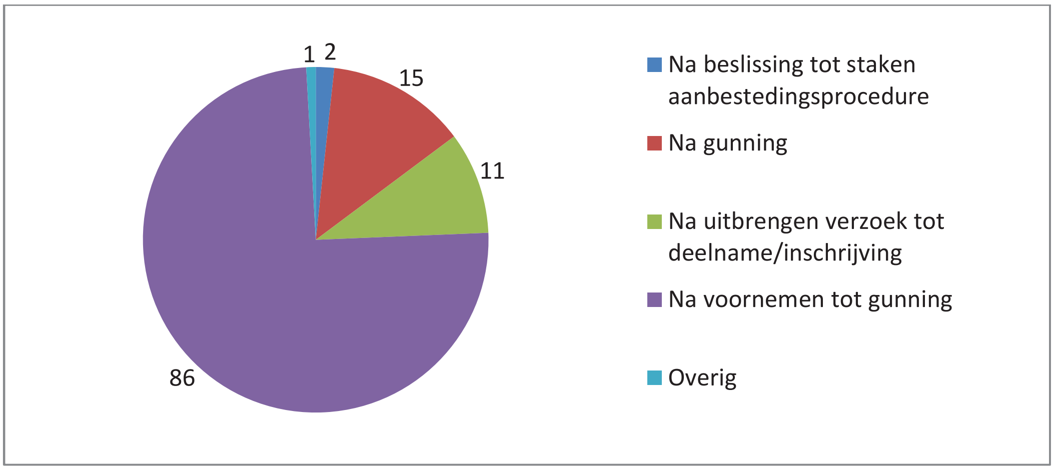


Figuur 8b: Soorten eisende ondernemers (eerste aanleg), 2014

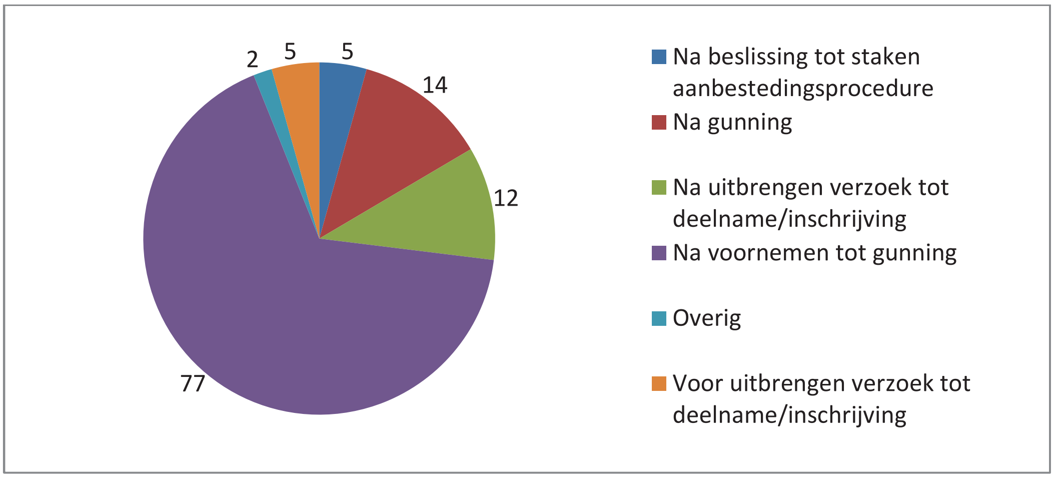
2.7. Moment starten gerechtelijke procedure

Evenals in het rapport 2010, maken in de meeste gevallen eisende ondernemers een gerechtelijke procedure aanhangig nadat de aanbestedende dienst een voornemen tot gunning heeft bekendgemaakt (75% in 2012 en 67% in 2014, dit was 73% in het rapport 2010). In 2012 werd de gerechtelijke procedure in 13% van de gevallen gestart nadat de opdracht was gegund. In 2014 was dit 12%. In beide onderzoeksperiodes werd in 10% van de zaken de gerechtelijke procedure gestart na het verzoek tot deelname aan de aanbestedingsprocedure of voor inschrijving, maar vóór bekendmaking van de gunningsbeslissing (zie figuren 9a en b).

In totaal zijn drie uitspraken opgenomen in de categorie overig. In twee van de drie zaken betrof het een casus waarin een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst een opdracht had verstrekt. In de derde zaak stond ter discussie of de aanbesteder een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet was.



Figuur 9a: Moment van starten gerechtelijke procedure, 2012



Figuur 9b: Moment van starten gerechtelijke procedure, 2014

2.8. Commissie van Aanbestedingsexperts

Gelijktijdig met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet is de Commissie van Aanbestedingsexperts ('CvAE') ingesteld. Een ondernemer die deelneemt aan een aanbestedingsprocedure en daarover ontevreden is, kan een klacht indienen bij de CvAE. Omgekeerd kunnen aanbestedende diensten klagen over het gedrag van deelnemende ondernemingen. In het jaar 2014 zijn 110 aantal klachten ingediend bij de CvAE, daarvan hebben zij er 59 in behandeling genomen.

Zeven uitspraken in 2014 betroffen zaken waarin ook een klacht was ingediend bij de CvAE. In slechts drie van die zeven zaken lag er een advies van de CvAE toen de zaak werd aangespannen bij de rechtbank. In twee van die zaken heeft de rechtbank het advies van de CvAE gevolgd. In één zaak had de aanbestedende dienst deels het advies van de CvAE opgevolgd, waardoor de casus die bij de rechter voorlag een andere was dan die waarover de CvAE had geoordeeld. In die uitspraak nam de rechtbank wel op specifieke punten afstand van het oordeel van de CvAE. Twee van de overige vier zaken waarin ook een klacht bij de CvAE was ingediend, betroffen zaken waarin de rechtszaak was aangespannen terwijl de klacht tevens bij de CvAE voorlag. In dergelijke gevallen zet de CvAE de klacht 'on hold' en brengt zij dus geen advies uit. Één van die vier klachten betrof een geschil waarin de CvAE de klacht niet-ontvankelijk had verklaard omdat de klager niet eerst had geklaagd bij de aanbestedende dienst. Ten slotte blijkt uit één van die vier zaken dat een klacht bij de CvAE is ingediend, maar is niet duidelijk niet of die klacht ook heeft geleid tot een advies van de CvAE, of dat het advies 'on hold' is gezet.

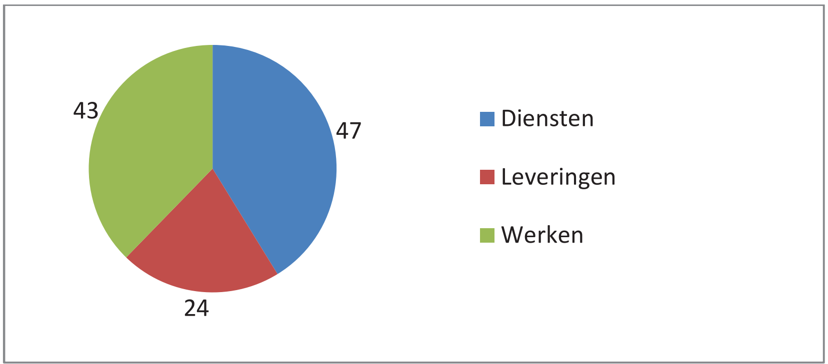
3. ONDERWERP VAN DE GERECHTELIJKE PROCEDURE

3.1 Verloop aanbesteding vs. aanbestedingsplicht

In zowel 2012 als 2014 zagen verreweg de meeste uitspraken op een gehouden aanbesteding. Slechts enkele zaken betreft een enkelvoudig onderhandse gunning (1% in 2012 en 6% in 2014, dit was 3% in het rapport 2010).

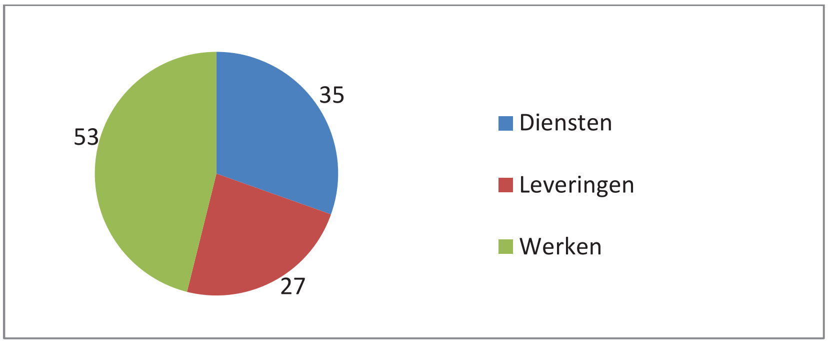
3.2 Soort opdracht waarop de gerechtelijke procedure betrekking heeft

Ten aanzien van het soort opdracht waarover wordt geprocedeerd, is een lichte verschuiving te zien in de periode 2012-2014. Werd in 2012 evenals in het rapport 2010, nog (net) meer geprocedeerd over opdrachten voor diensten (47 van de 114 zaken, 41%) dan over opdrachten voor werken (43 van de 114 zaken, 38%), in 2014 was dit omgekeerd (30% diensten en 46% werken). In beide jaren werd, evenals in het rapport 2010 over opdrachten voor leveringen het minst geprocedeerd: respectievelijk 21% en 23% (zie figuren 10a en b). Bij deze cijfers is uitgegaan van de gerechtelijke procedures in eerste aanleg. In sommige gevallen worden in één zaak over een combinatie van opdrachten geprocedeerd, die zaken zijn meegeteld bij alle opdrachten waarop ze zien waardoor het totaal kan uitkomen boven het totaal aantal onderzochte zaken.



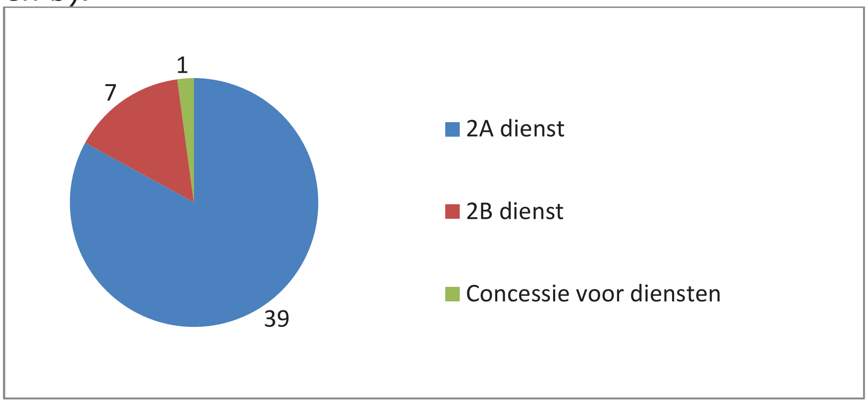
Figuur 10a: Onderwerp van de opdracht, 2012[10]

[10] In één zaak in 2012 was geen sprake van een aanbesteding en dus ook niet van een opdracht voor werken, diensten of leveringen. Derhalve is deze zaak niet meegenomen in figuur 10a.

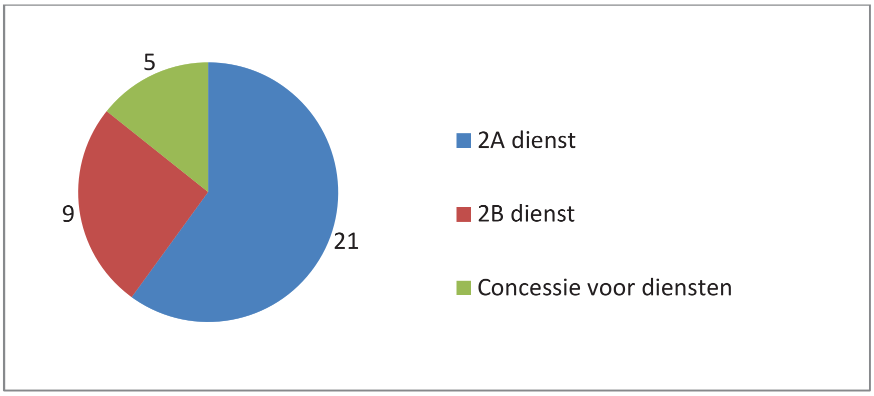


Figuur 10b: Onderwerp van de opdracht, 2014

Als nader ingezoomd wordt op de opdrachten voor diensten, dan blijkt dat er in 2014 meer geprocedeerd werd over concessies voor diensten. Dit percentage was 2% in 2012 en 14% in 2014. Ook over opdrachten voor 2B-diensten werd in 2014 meer geprocedeerd: in 2012 was dit 15% en in 2014 was dit 26%. Tegelijkertijd daalde het percentage gerechtelijke procedures over opdrachten voor 2A-diensten van 83 naar 60. In absolute zin zijn de stijgingen in gerechtelijke procedures over opdrachten voor 2B-diensten en concessies voor diensten relatief klein: van zeven naar negen (2B-diensten) en van één naar vijf (concessies). Het aantal gerechtelijke procedures over opdrachten voor 2A-diensten is wel duidelijk afgenomen; er is bijna sprake van een halvering (van 39 naar 21) (zie figuren 11a en b).



Figuur 11a: Opdrachten inzake diensten, nadere specificatie, 2012

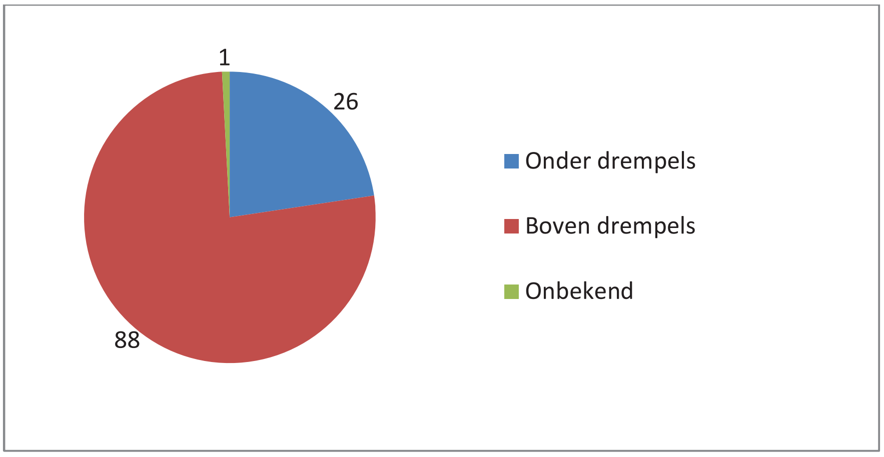


Figuur 11b: Opdrachten inzake diensten, nadere specificatie, 2014

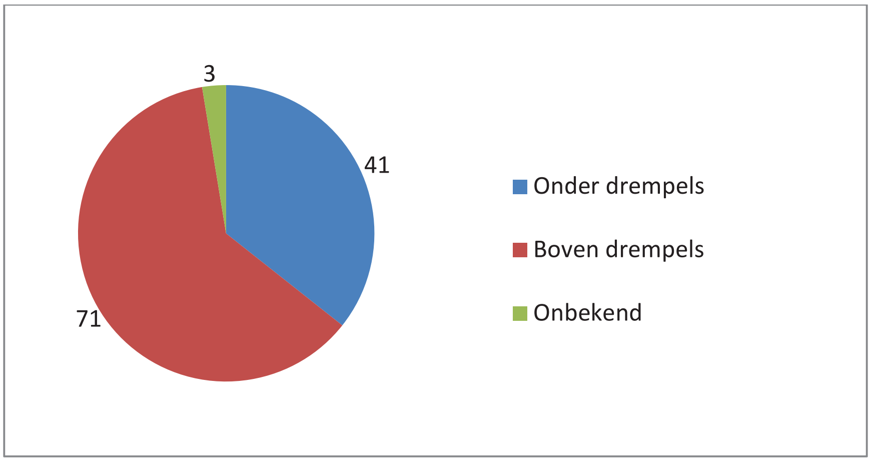
3.3 Opdrachten boven/onder de drempelwaarde

De waarde van de opdracht wordt in veel gevallen niet in de uitspraak vermeld. Ook vermelding van het feit of de waarde boven of onder de drempel ligt, blijft regelmatig achterwege. In een groot aantal van deze gevallen kan echter uit de van toepassing verklaarde regelgeving of de omschrijving van de opdracht met zekerheid worden gezegd of de waarde al dan niet boven de drempel uitstijgt. Er zijn in de totale onderzoeksperiode slechts vier zaken waarbij niet kan worden vastgesteld of het om een aanbesteding onder of boven de drempel gaat.

In 2012 lag in 88 van de 115 zaken, dus 76,5% de waarde boven de drempel en lag 23% eronder. In 2014 waren deze percentages 62 en 36 (zie figuren 12a en b). Deze cijfers laten zich moeilijk vergelijken met het rapport 2010, omdat toen van 20% van de zaken niet duidelijk was of de waarde van de opdracht onder of boven de drempel lag.



Figuur 12a: Waarde van de opdracht, 2012



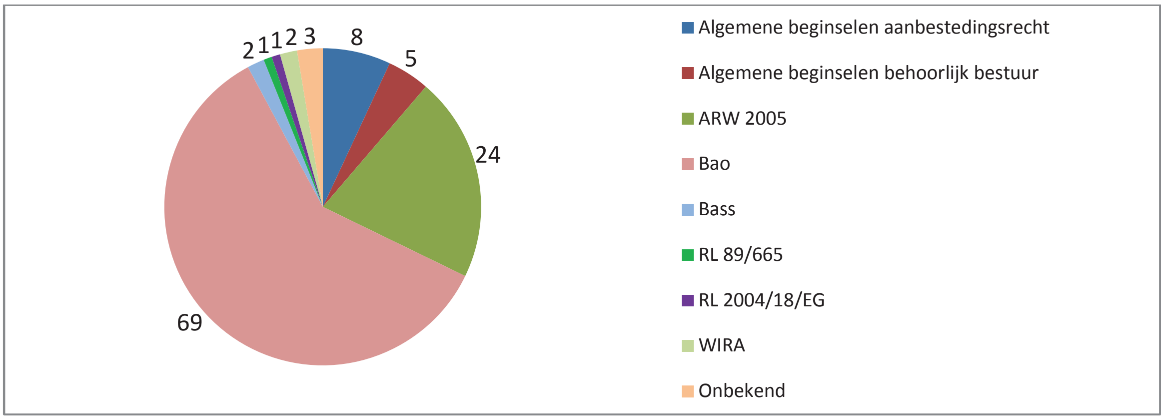
Figuur 12b: Waarde van de opdracht, 2014

3.4 Toepasselijke regelgeving/reglementen

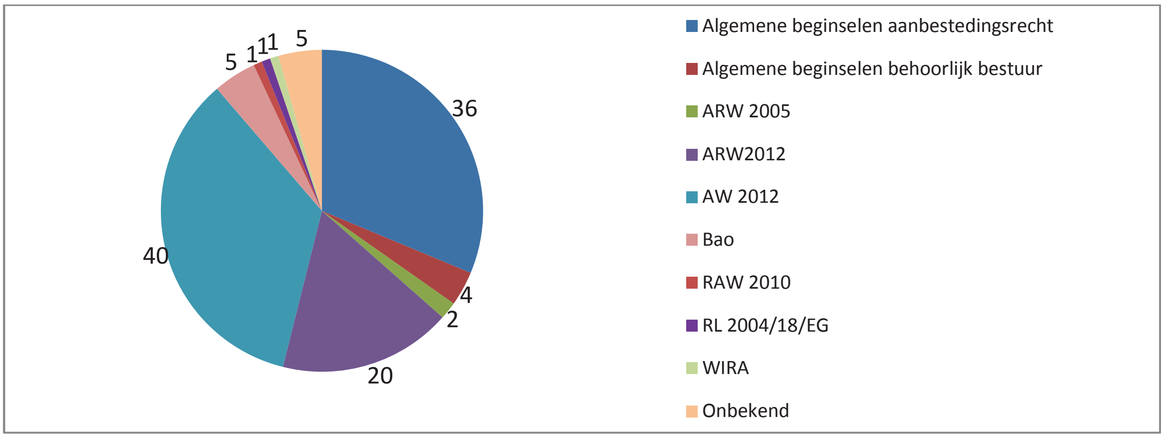
Tussen 2012 en 2014 zijn grote verschillen waar te nemen ten aanzien van de toepasselijke regelgeving bij de verschillende gerechtelijke procedures (zie figuren 13a en b). Een groot deel hiervan kan worden toegeschreven aan het feit dat in 2012 het Bao, het Bass en het ARW 2005 nog van toepassing waren; in 2014 was dit niet langer het geval, maar waren de Aanbestedingswet en het ARW 2012 inwerking getreden. In 2014 is evenwel nog enkele keren geprocedeerd op grond van het Bao en het ARW 2005. Dit zijn zaken waarin het geschil ziet op een aanbestedingsprocedure die reeds voor de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet was gestart.
Eén van de eerste zaken die opvallen, is dat er in 2014 veel meer is geprocedeerd op grond van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Was dit in 2012 nog 7%, in 2014 was dit gestegen naar 31%. In veel zaken wordt zowel op grond van de wet- en regelgeving geprocedeerd als op grond van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, maar er is ook een flink aantal zaken waarbij louter op grond van die beginselen wordt geprocedeerd. Een verklaring voor deze stijging is waarschijnlijk gelegen in het feit dat de algemene beginselen, in tegenstelling tot in het Bao en het Bass, zijn opgenomen in de Aanbestedingswet.

De stijging van het aantal rechtszaken op grond van algemene beginselen van het aanbestedingsrecht gaat gepaard met een daling van het aantal rechtszaken op grond van de toepasselijke (nationale) wetgeving: waarin in 2012 nog in 62% van de zaken op grond van het Bao of het Bass werd geprocedeerd, werd in 2014 maar in 39% van de zaken verwezen naar de Aanbestedingswet of het Bao.

Hoewel in 2014 het aantal zaken waarin werd geprocedeerd over een opdracht voor werken 8% hoger lag dan in 2012 (zie paragraaf 3.2), werd in 2014 iets minder vaak dan in 2012 op grond van (een versie van) het ARW geprocedeerd (respectievelijk 21% en 19%). Ook ten aanzien van de overige regelgeving is geen duidelijk verschil waarneembaar tussen 2012 en 2014.



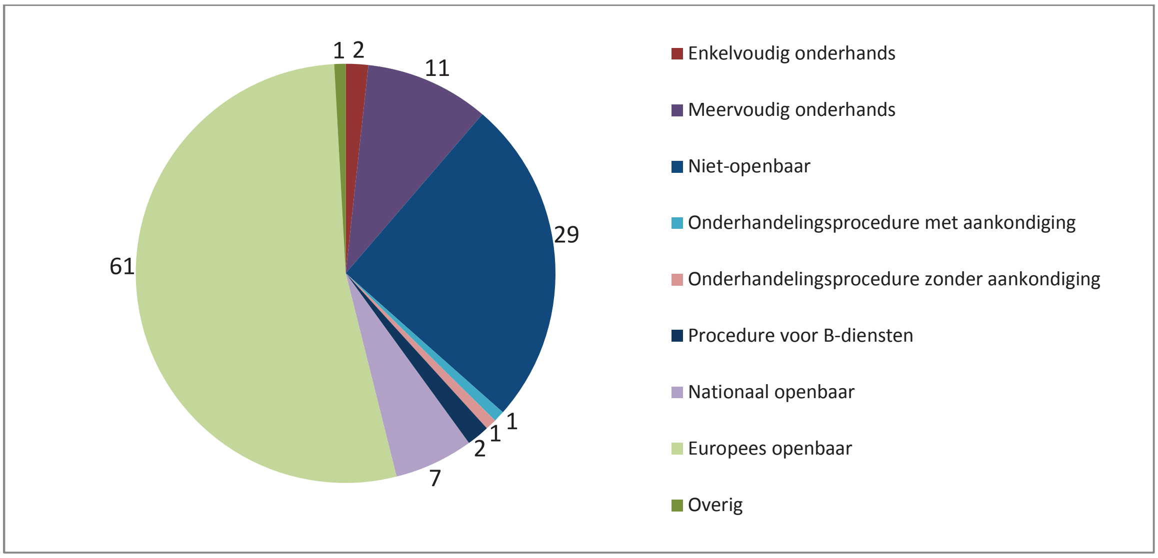
Figuur 13a: Toepasselijke regelgeving/toegepast reglement, 2012



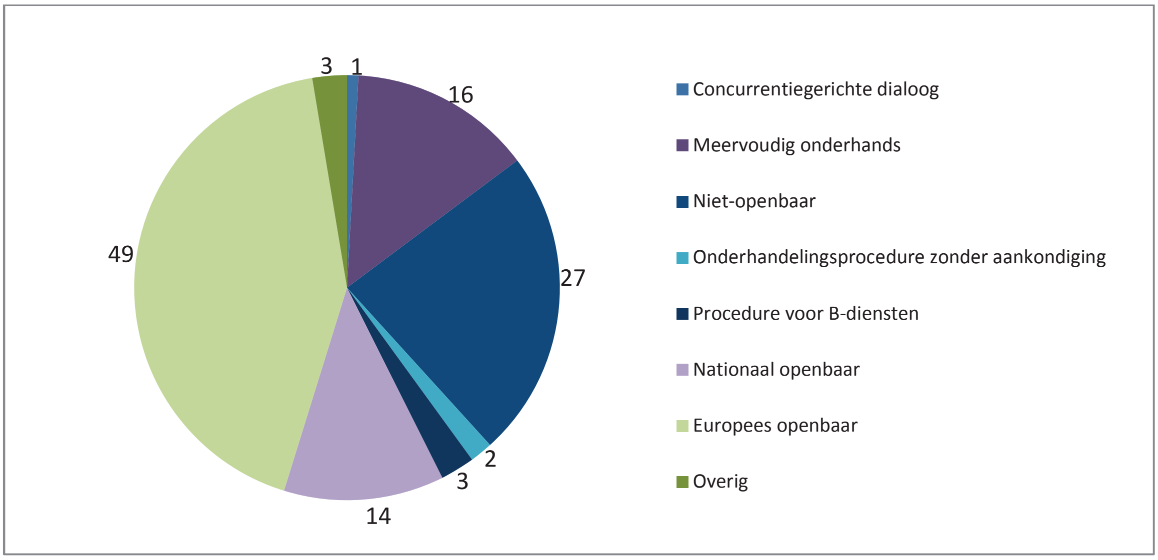
Figuur 13b: Toepasselijke regelgeving/toegepast reglement, 2014

3.5 Gevolgde aanbestedingsprocedure, gehanteerde gunningscriterium

De top vier van gevolgde aanbestedingsprocedures waarover in eerste aanleg wordt geprocedeerd bestaat in 2012 en 2014 uit achtereenvolgens een Europese openbare aanbesteding (53% en 43%), een niet-openbare aanbesteding (25% en 23%), een meervoudig onderhandse aanbesteding (10% en 14%) en een nationale openbare aanbesteding (6% en 12%) (zie figuren 14a en b). Het cumulatieve percentage van deze 'top vier-zaken' bedroeg 94% in 2012 en 92% in 2014. Er zijn dus slechts kleine verschillen te zien tussen de meest gehanteerde aanbestedingsprocedures in 2012 en 2014. Het algemene beeld dat uit deze cijfers naar voren komt is vergelijkbaar met het beeld uit het rapport 2010.



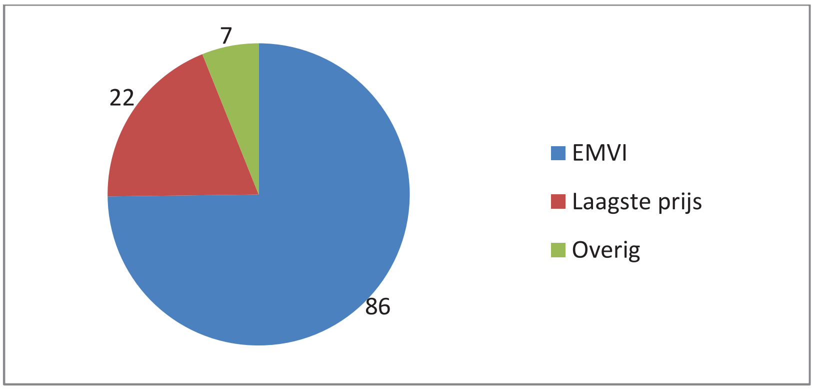
Figuur 14a: Gevolgde aanbestedingsprocedure, 2012



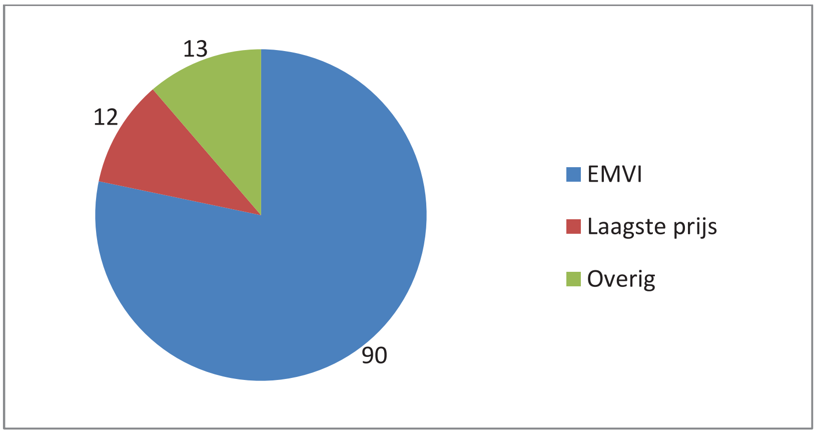
Figuur 14b: Gevolgde aanbestedingsprocedure, 2014

Gunningscriteria
In beide onderzochte jaren was het gunningscriterium in ongeveer driekwart van de onderzochte zaken in eerste aanleg de economisch meest voordelige inschrijving (75% in 2012 en 78% in 2014, zie figuren 15a en b). Dit was 51% in het rapport 2010. In 2012 werd in 19% van de gevallen geprocedeerd over aanbestedingen waarbij laagste prijs het criterium was en in 2014 betrof dit 10% (was 25% in het rapport 2010).

De categorie overig (6% in 2012 en 11% in 2014, dit was 24% in het rapport 2010) betreft doorgaans zaken waarbij het gunningcriterium niet staat vermeld in de uitspraak, en ook niet kan worden afgeleid uit de casus. Ook vallen in deze categorie de zaken waarbij geprocedeerd werd over het feit dat in het geheel geen aanbesteding was gehouden.



Figuur 15a: Gehanteerde gunningscriterium, 2012

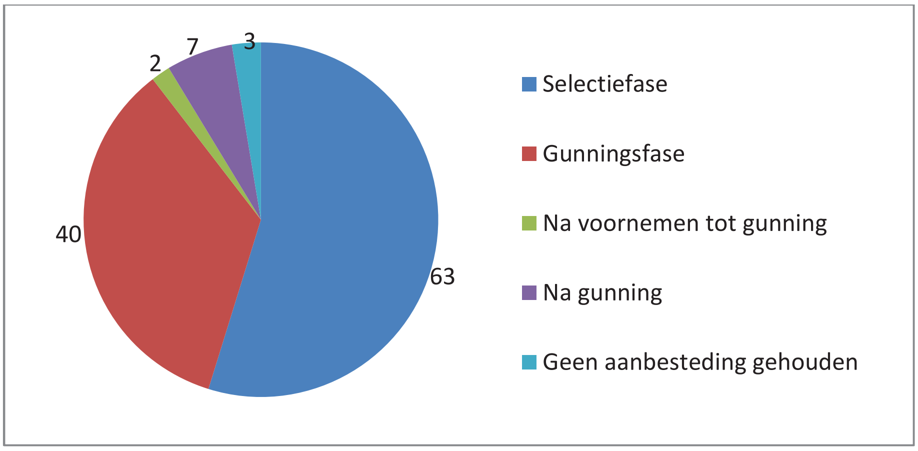


Figuur 15b: Gehanteerde gunningscriterium, 2014

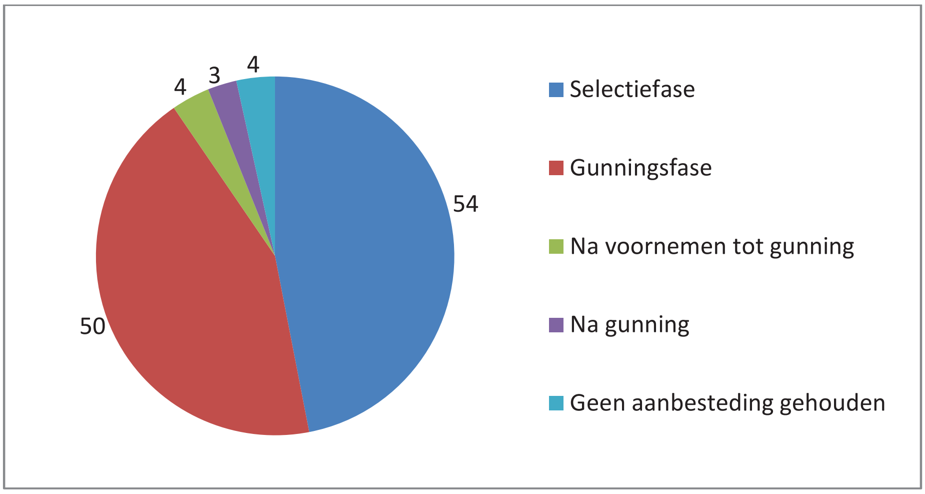
3.6 Fase in aanbestedingsprocedure

In zowel 2012 als 2014 betreft 90% van de uitspraken in eerste aanleg een geschil dat betrekking heeft op de selectiefase of de gunningsfase (zie figuren 16a en b). Dit was 88% in het rapport 2010. De selectiefase wordt gedefinieerd als de fase waarin de selectiecriteria de voornaamste rol spelen; het gaat hierbij met name om geschillen over de rechtmatigheid van en toetsing door de aanbestedende dienst aan de selectiecriteria. De gunningsfase is de fase waarin de gunningscriteria de belangrijkste rol spelen; het gaat hierbij met name over de rechtmatigheid van de gunningscriteria en de wijze waarop deze gehanteerd zijn door de aanbestedende dienst. Geschillen over de rechtmatigheid van de verdeling van punten over de inschrijvers vallen ook in deze categorie.

In 2012 werd in 55% van de gevallen geprocedeerd over de selectiefase en in 35% van de gevallen over de gunningsfase. In 2014 bedroegen deze percentages 47 en 43.



Figuur 16a: Fase in aanbesteding waarop geschil betrekking heeft, 2012



Figuur 16b: Fase in aanbesteding waarop geschil betrekking heeft, 2014

4 INHOUD VAN HET GESCHIL

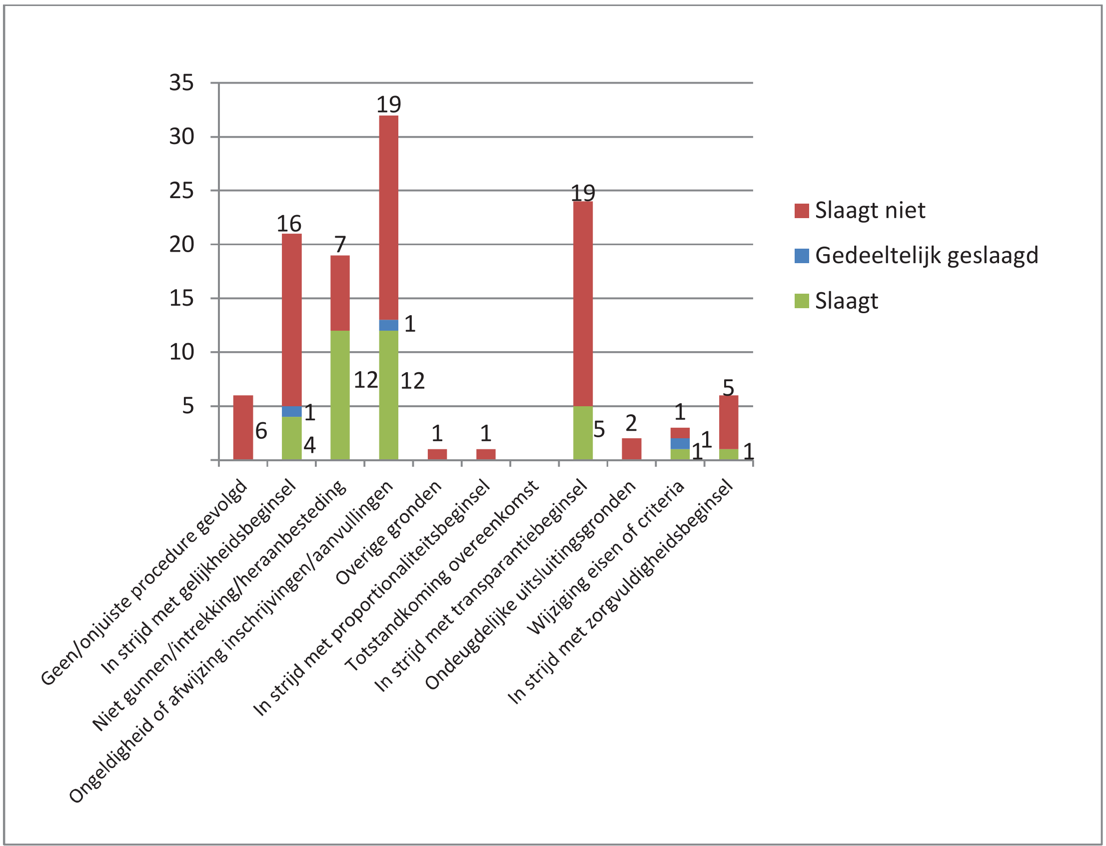
4.1 Gronden voor starten gerechtelijke procedure

Figuren 17a en b laten zien welke gronden de eisende ondernemers hebben aangevoerd voor hun vorderingen. Deze gronden zijn zeer uiteenlopend en niet zelden wordt er meer dan één grond per zaak aangevoerd. Evenals in het rapport 2010, wordt er het meest geprocedeerd over de (on)geldigheid van aanmeldingen en/of inschrijvingen. In 2012 was dit in 32 van de 115 zaken (28%) een grond waarop werd geprocedeerd en in 2014 in 31% van de zaken. Deze categorie is erg breed. Het kan bijvoorbeeld gaan om ondernemers die opkomen tegen de afwijzing van de eigen inschrijving, maar ook om ondernemers die stellen dat een andere inschrijving ongeldig is. Ook gevallen waarin aan de orde is of een ondernemer is staat mag/moet worden gesteld zijn inschrijving te wijzigen of aan te vullen, vallen binnen deze categorie.

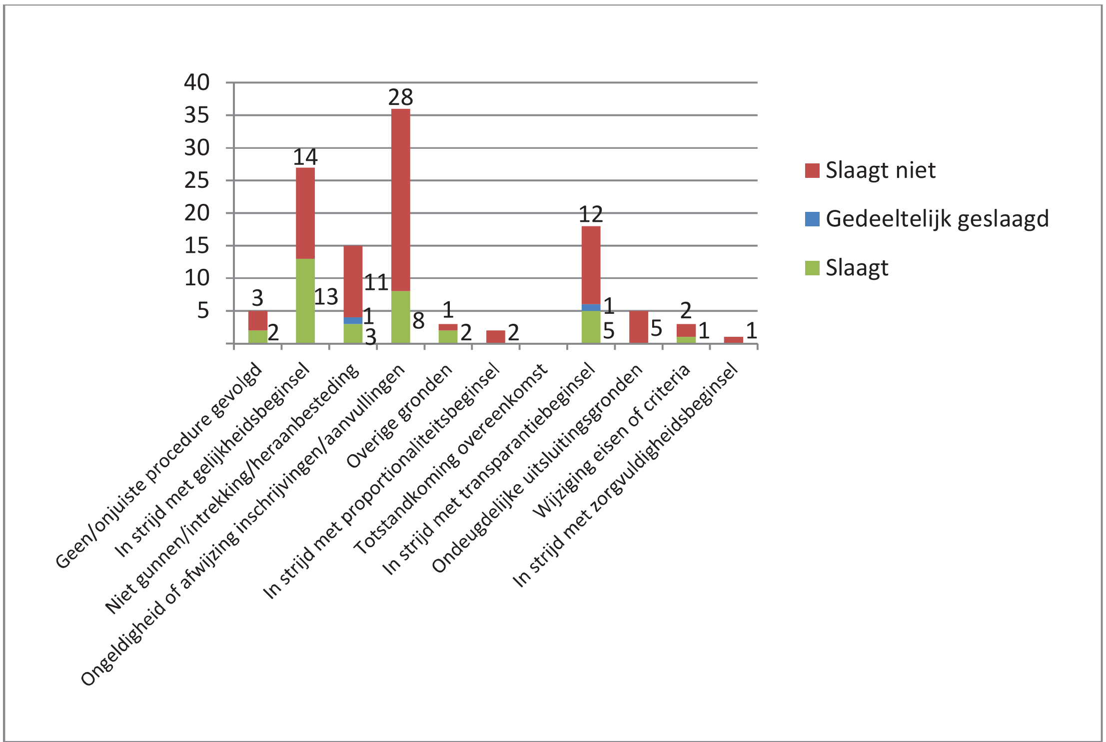
Daarnaast wordt vaak geprocedeerd over niet gunnen, intrekking van de aanbestedingsprocedure, een besluit tot heraanbesteden en het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. De twee laatstgenoemde gronden worden vaak in combinatie aangevoerd door de ondernemer. Over de fase van totstandkoming van de overeenkomst is in het geheel niet geprocedeerd. In het rapport 2010 was het aantal zaken waarin op die grond werd geprocedeerd ook zeer laag.

Wanneer men kijkt naar de slagingskansen, dan is te zien dat daar voor de verschillende gronden weinig verschil in zit. Gerechtelijke procedures over het niet gunnen/intrekken/heraanbestedingen hebben relatief gezien een iets grotere kans van slagen ten opzichte van de rest.

Proportionaliteitsbeginsel
Omdat met de introductie van de Aanbestedingswet meer aandacht kwam voor proportionaliteit van de eisen van de aanbestedende dienst, onder andere door introductie van de Gids Proportionaliteit, is gekeken naar het aantal zaken waarin hierover werd geprocedeerd (in eerste aanleg). In 2012 was dit aantal twee (1,7%) en in 2014 was dit gestegen naar vijf zaken (4,35%). In het rapport 2010 werd 'in strijd met het proportionaliteitsbeginsel' in 10% van de zaken aangevoerd als grond.



Figuur 17a: Gronden voor starten procedure, 2012

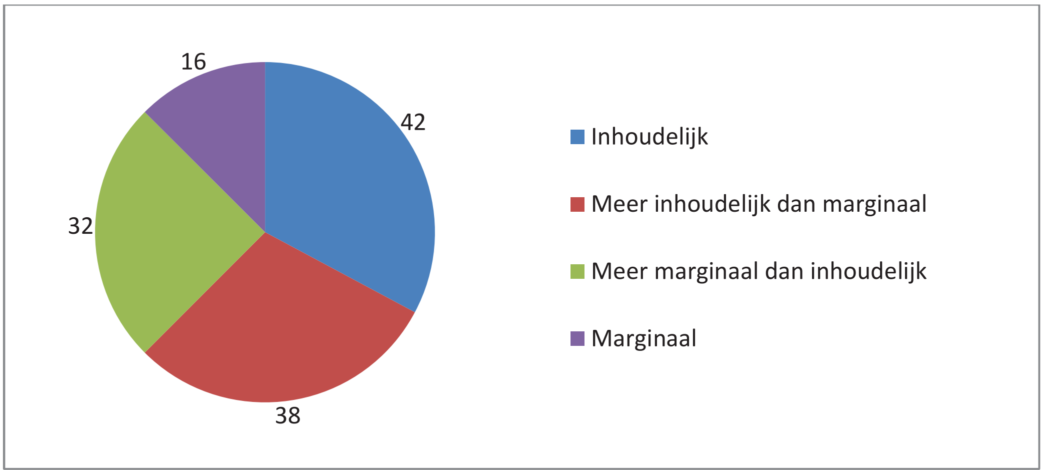


Figuur 17b: Gronden voor starten procedure, 2014

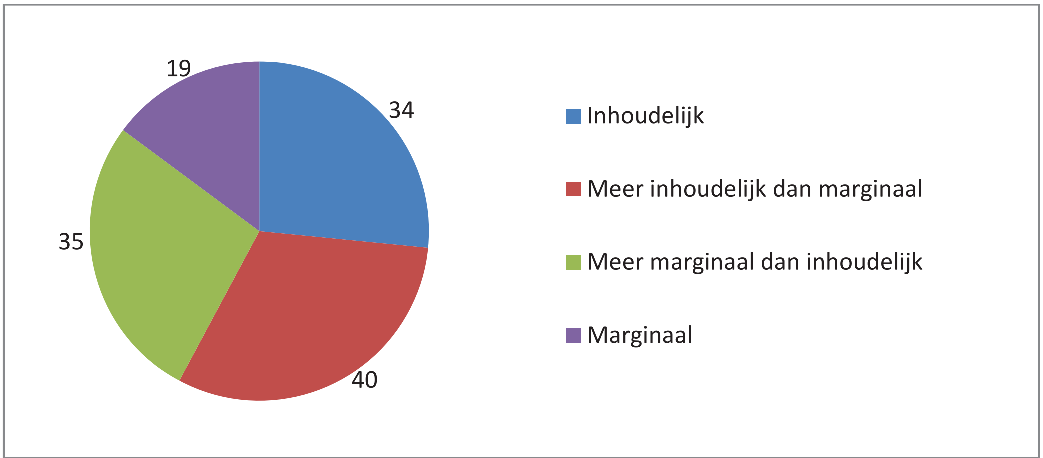
4.2 Wijze van toetsing (inhoudelijk/marginaal)

De wijze van toetsing die de rechter hanteert, is vaak niet eenduidig vast te stellen. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen is sprake van een evidente marginale dan wel inhoudelijke toets. In de meerderheid van de gevallen is sprake van een zekere vermenging tussen deze twee toetsingsmethoden. Daarom zijn in dit onderzoek, evenals in het onderzoek 2010, twee tussencategorieën geïntroduceerd: 'meer inhoudelijk dan marginaal' en 'meer marginaal dan inhoudelijk'. Ook met de introductie van deze tussencategorieën is enige subjectiviteit van het onderzoeksteam echter niet uit te sluiten.

Wanneer de uitspraken van de rechtbanken en de gerechtshoven worden samengenomen, dan valt te zien dat tussen 2012 en 2014 nauwelijks procentuele verschillen vallen te ontdekken in de wijze van toetsing in beide jaren. In de meerderheid van de gevallen toetst de rechter inhoudelijk of meer inhoudelijk dan marginaal (in totaal 80 van de 128 zaken, dus 63% in 2012 en 74 van de 128 zaken, dus 58% in 2014, zie figuren 18a en b).

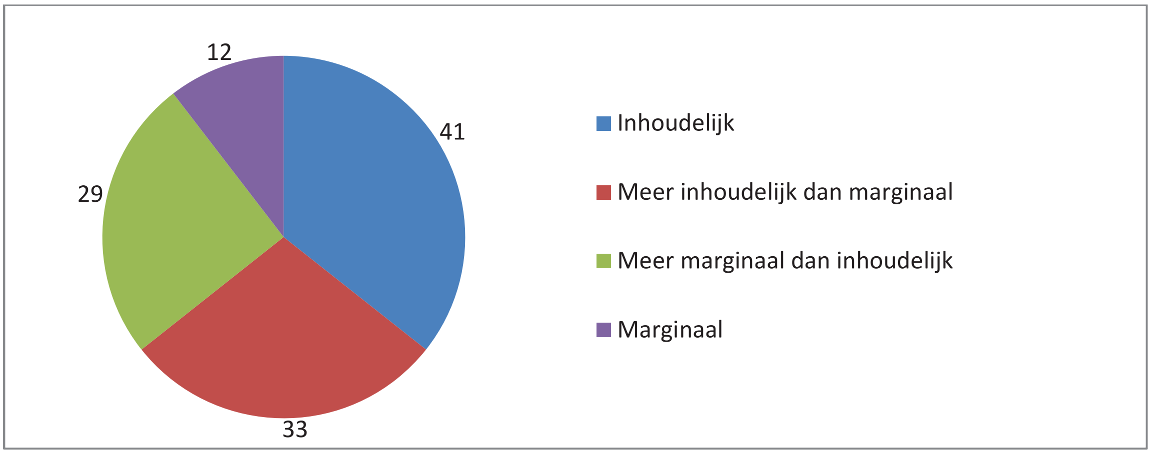


Figuur 18a: Wijze van toetsing, 2012

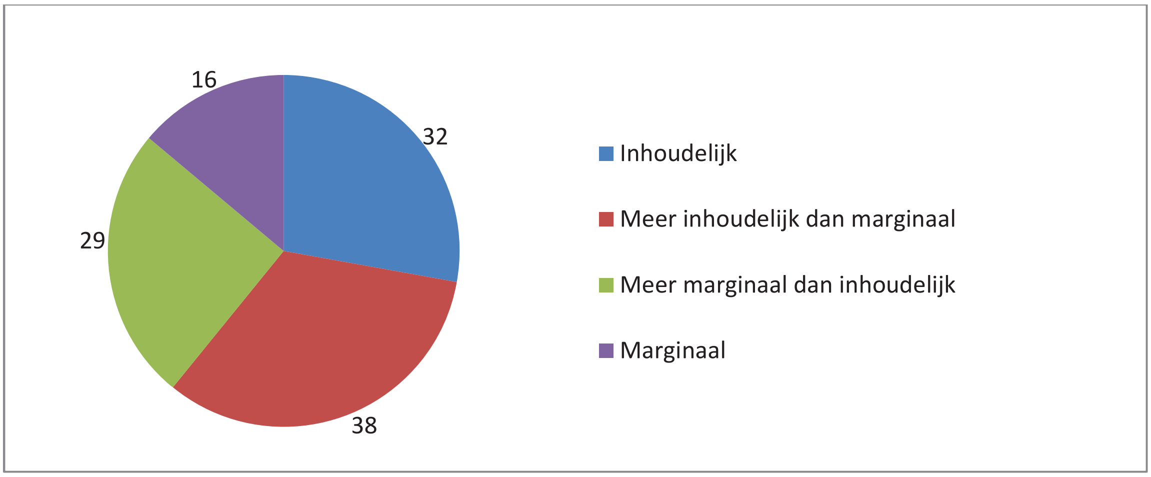


Figuur 18b: Wijze van toetsing, 2014

Ook wanneer enkel gekeken wordt naar de zaken in eerste aanleg, dan valt te zien dat de rechter in beide jaren vaker inhoudelijk of meer inhoudelijk dan marginaal toetst (in totaal 74 van de 115 zaken, dus 65% in 2012 en 70 van de 115 zaken, dus 61% in 2014, zie figuren 19a en b). In het rapport 2010 was dit percentage 85%. Of daadwerkelijk een verschuiving heeft plaatsgevonden naar een meer marginale toetsing, is gelet op de subjectiviteit die komt kijken bij deze beoordeling, een conclusie die niet kan worden getrokken.

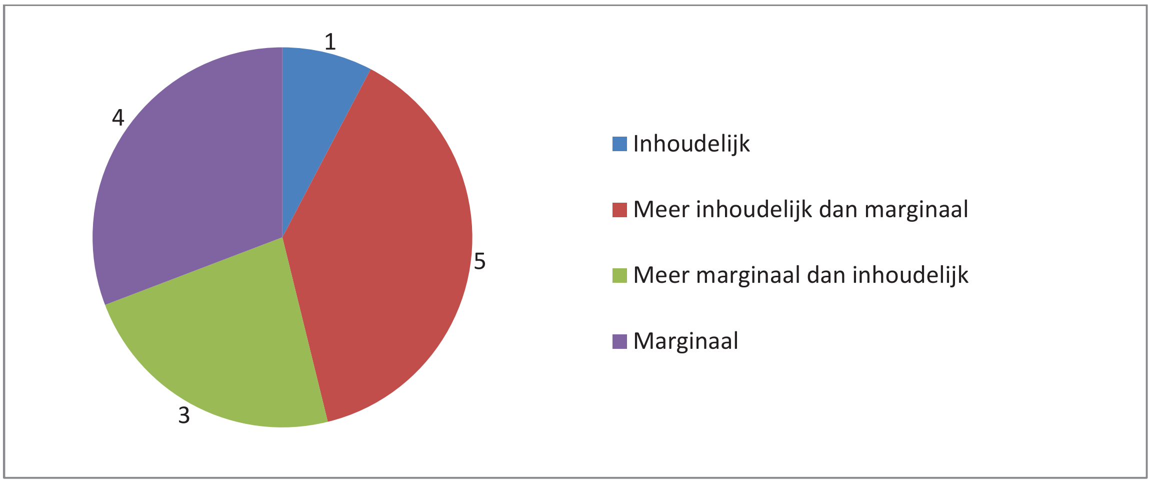


Figuur 19a: Wijze van toetsing, rechtbank, 2012

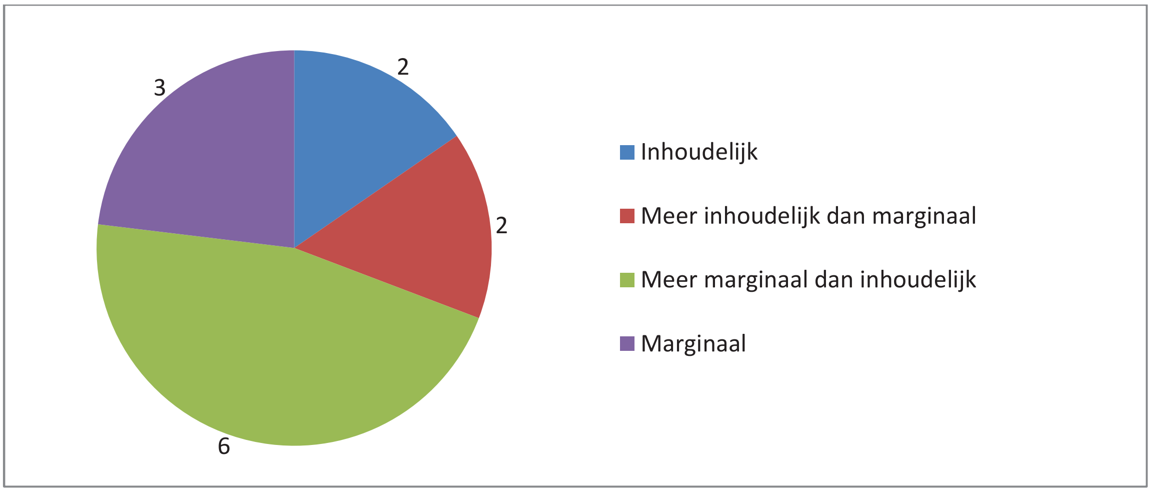


Figuur 19b: Wijze van toetsing, rechtbank, 2014

Figuren 20a en b laten zien dat de gerechtshoven vaker gebruik hebben gemaakt van een marginale of meer marginaal dan inhoudelijke toets (54% in 2012 en 69% in 2014, zie figuren 20a en b). In het rapport 2010 lag dit percentage op 18%. Gelet op het lage aantal uitspraken van de gerechtshoven die in onderhavig rapport zijn onderzocht en de subjectiviteit van de beoordeling, kunnen hier geen conclusies aan worden verbonden.



Figuur 20a: Wijze van toetsing, hof, 2012

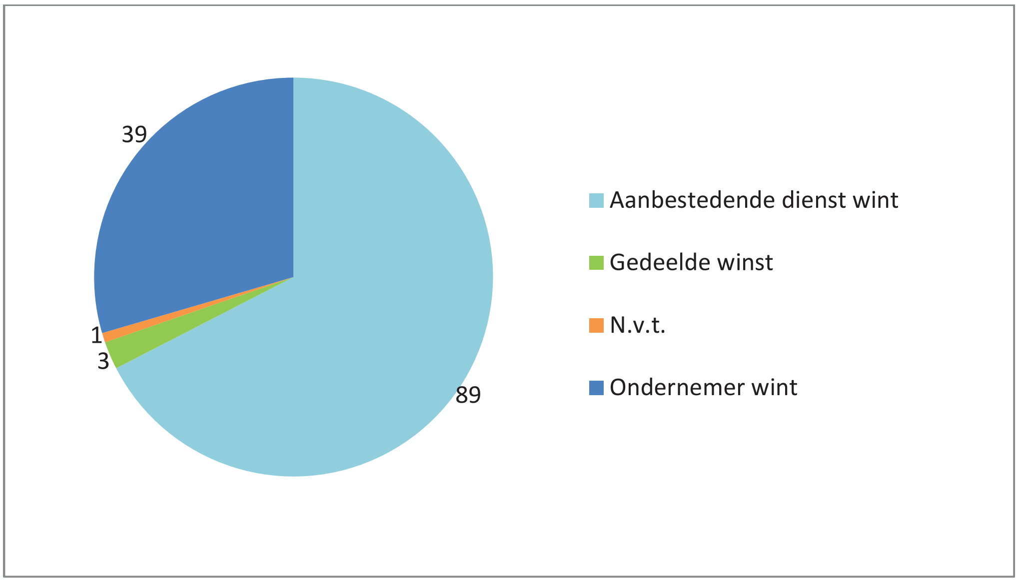


Figuur 20b: Wijze van toetsing, hof, 2014

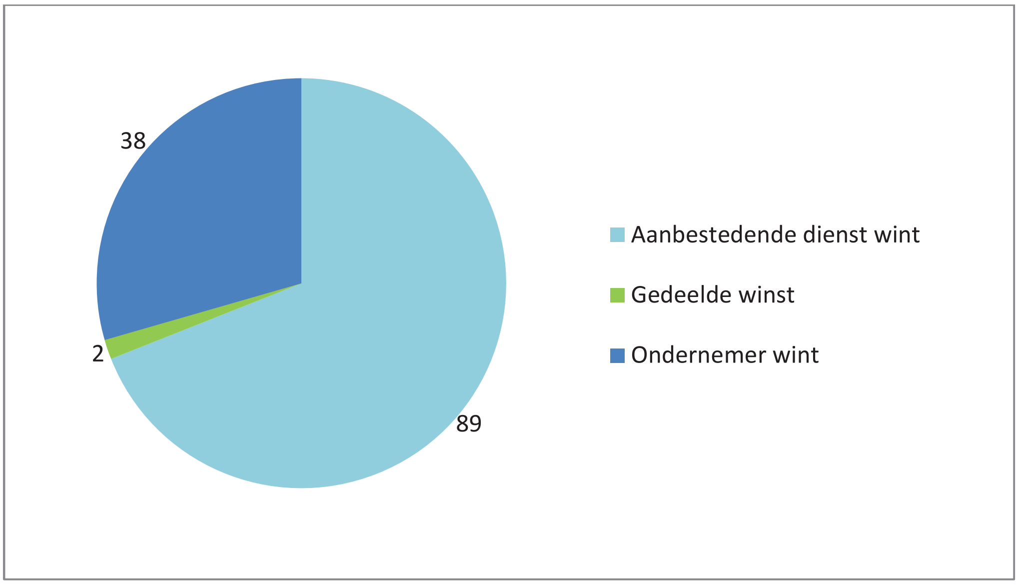
Er zijn te weinig uitspraken van de Hoge Raad om een gefundeerde uitspraak te kunnen doen over de gehanteerde toetsingssystematiek. Ook zijn er ten opzichte van het aantal kort gedingprocedures te weinig bodemprocedures geweest om een uitspraak te doen over de overeenkomsten of verschillen in toetsing hiertussen.

4.3 Uitkomst gerechtelijke procedure

In zowel 2012 als 2014 worden aanbestedende diensten in de meerderheid van de uitspraken in het gelijk gesteld (respectievelijk 67% en 69%). In het rapport 2010 was dit 65% over de gehele onderzoeksperiode. In 2% van de gevallen is er in 2012 en 2014 sprake van een gedeelde winst: beide partijen krijgen deels gelijk (zie figuren 21a en b). In één bodemprocedure in 2012, gunde de aanbestedende dienst voordat het gerechtshof uitspraak had gedaan de aanbesteding alsnog aan de eiser, deze is als 'n.v.t.' opgenomen in figuur 21a.

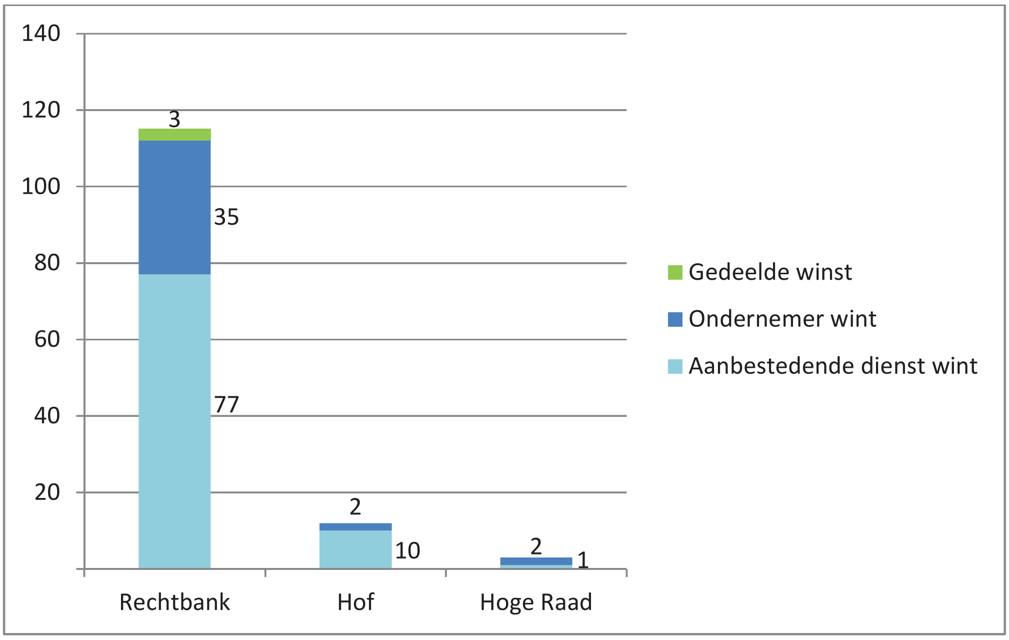


Figuur 21a: Uitkomst gerechtelijke procedure, 2012

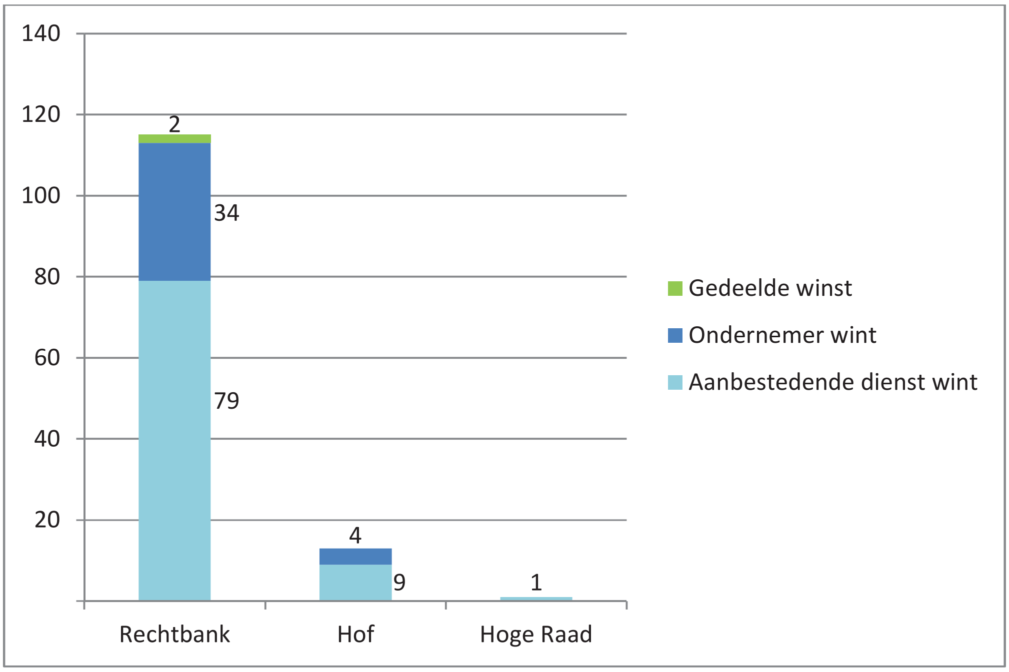


Figuur 21b: Uitkomst gerechtelijke procedure, 2014

Uit de figuren 22a en b volgt dat ondernemers bij de rechtbanken in 2012 in 35 van de 115 zaken (30%)wonnen en dit in 2014 in 34 van de 115 zaken (ook 30%) was. Bij de gerechtshoven lagen deze percentages op 20% in 2012 en 44% in 2014. Gelet op de lage aantallen zaken bij de gerechtshoven, kunnen uit de verschillen tussen laatstgenoemde percentages geen relevante conclusies worden getrokken. In het rapport 2010 lag het winstpercentage voor ondernemers bij de rechtbanken rond de 30%.



Figuur 22a: Uitkomst gerechtelijke procedure, per type gerechtelijke instelling, 2012

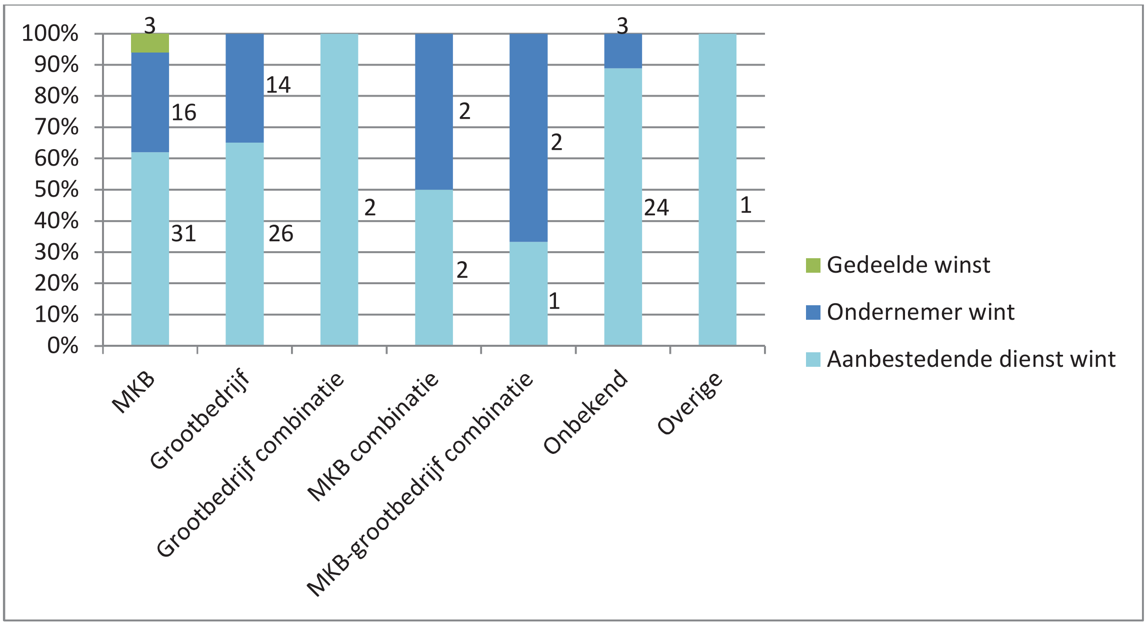


Figuur 22b: Uitkomst gerechtelijke procedure, per type gerechtelijke instelling, 2014

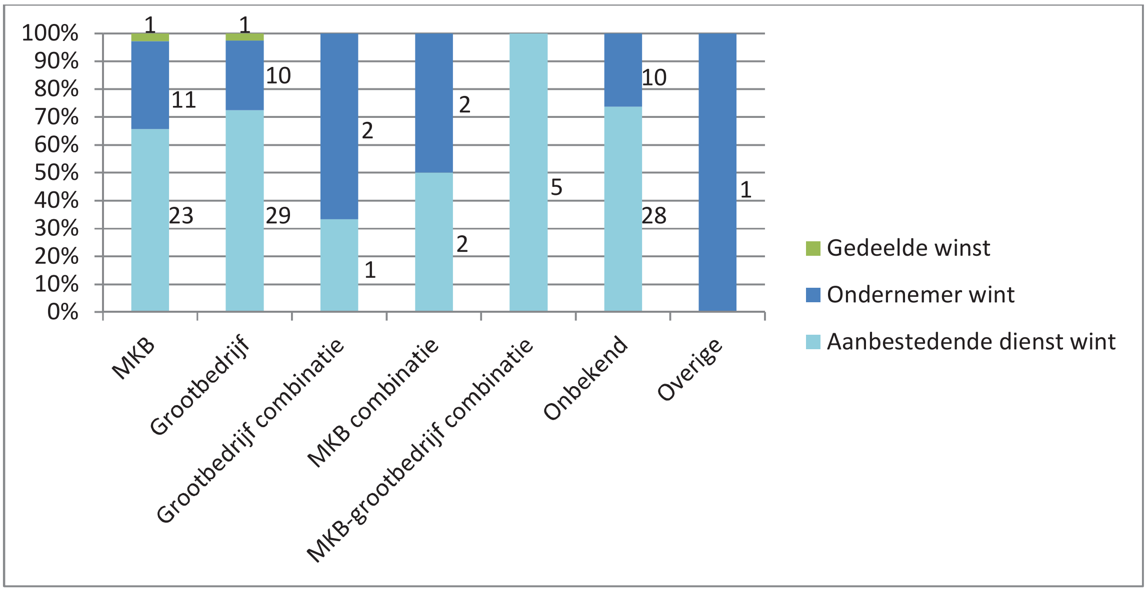
Voor een relevante uitspraak over de uitkomsten van gerechtelijke procedures bij de Hoge Raad zijn er te weinig arresten gewezen.

Als gekeken wordt naar de uitkomsten van de gerechtelijke procedure per type ondernemer bij alle gerechtelijke instellingen, dan valt eigenlijk alleen een relevante vergelijking te maken tussen ondernemingen in het MKB en de grootbedrijven. Rechtszaken ingesteld door combinaties kwamen te weinig voor om

daarover conclusies te kunnen trekken. Zowel in 2012 als in 2014 hebben ondernemers in het MKB een iets hoger succespercentage dan grootbedrijven (figuren 23a en b). Een zelfde beeld kwam naar voren in het rapport 2010.



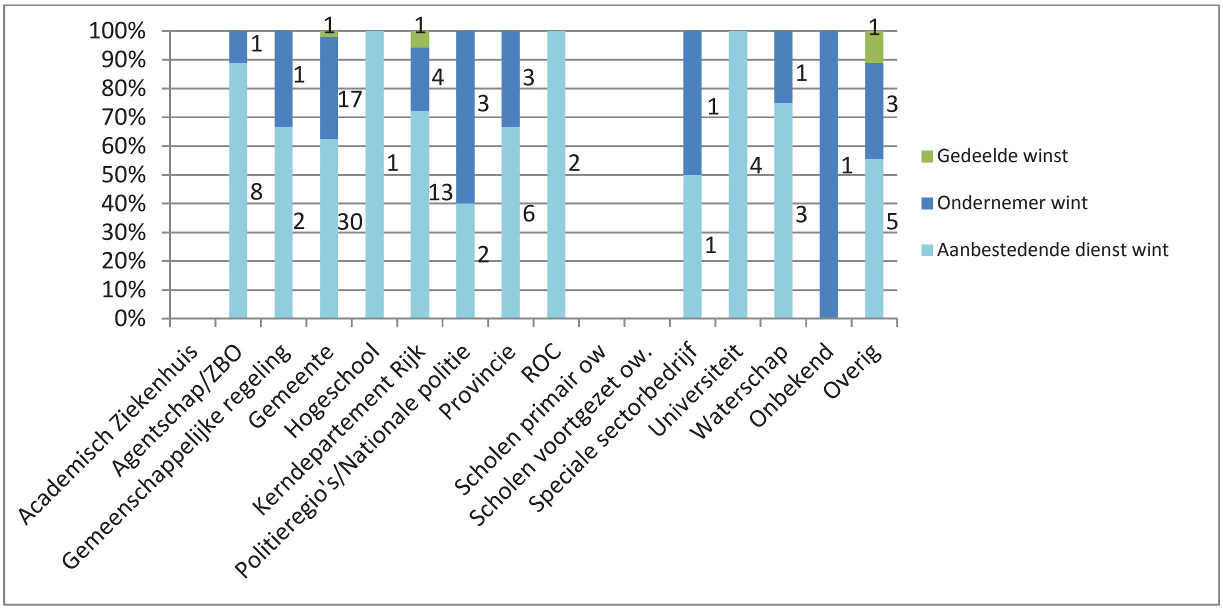
Figuur 23a: Uitkomst gerechtelijke procedure, per type ondernemer, 2012



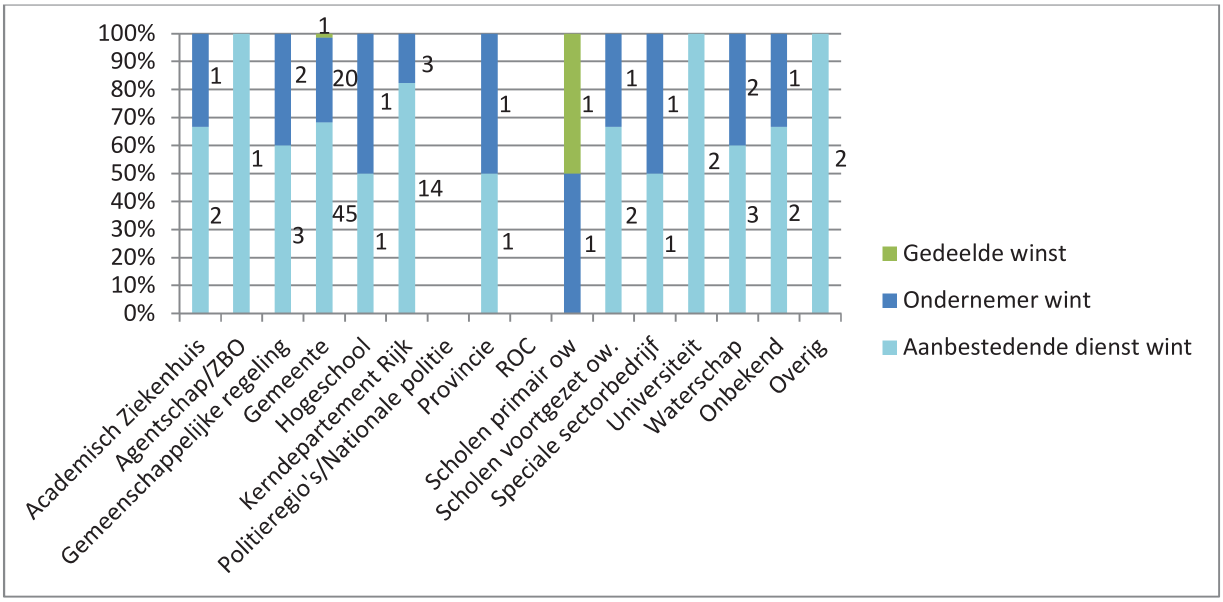
Figuur 23b: Uitkomst gerechtelijke procedure, per type ondernemer, 2014

De figuren 24a en b geven een overzicht van de succespercentages per type aanbestedende dienst. Over het algemeen zijn er weinig grote verschillen tussen 2012 en 2014 waarneembaar in de uitkomsten. Ook zijn er weinig verschillen met het rapport 2010. Opvallend is dat de Agentschappen/ZBO's van de tien zaken die er in de gehele onderzoeksperiode tegen hen werden aangespannen, slechts één hebben verloren. Gemeenten boekten in 2012 in 62,5% van de zaken winst en in

2014 in 68% van de gevallen. Voor de kerndepartementen van de Rijksoverheid was dit 72% in 2012 en 82% in 2014.

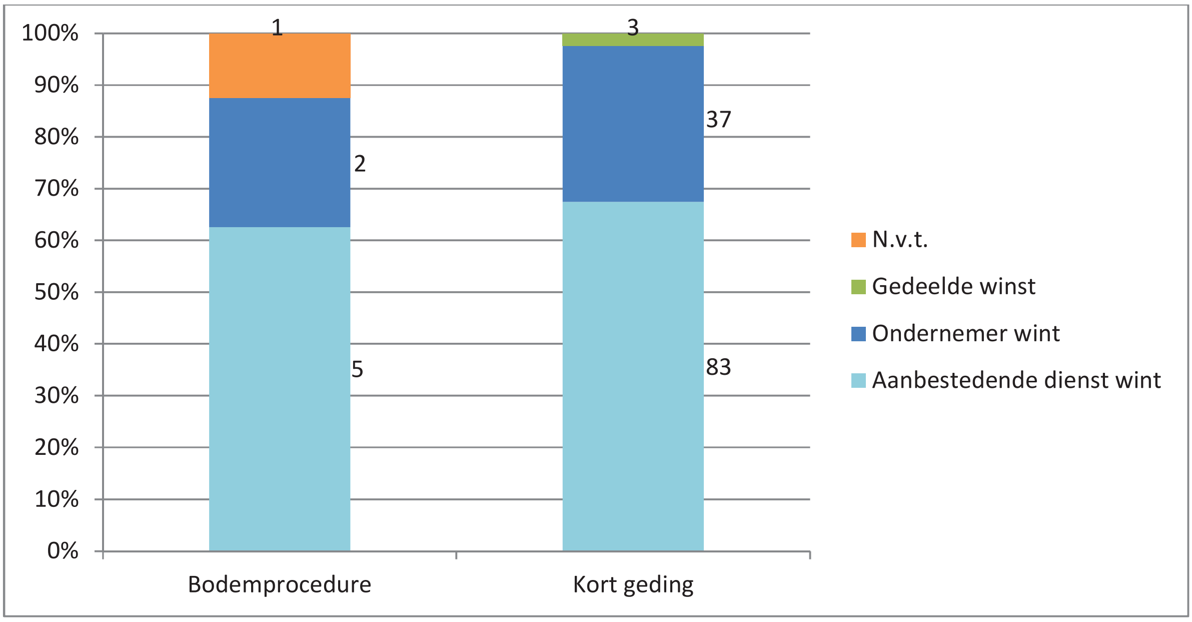


Figuur 24a: Uitkomst gerechtelijke procedure, per type aanbestedende dienst, 2012

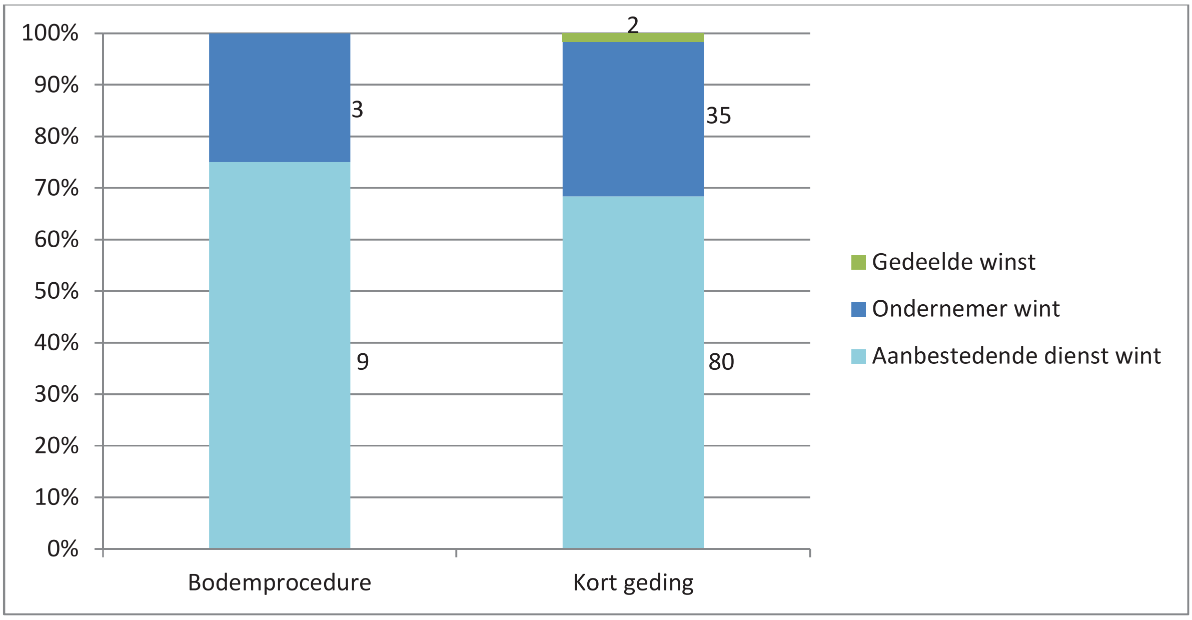


Figuur 24b: Uitkomst gerechtelijke procedure, per type aanbestedende dienst, 2014

Wanneer wordt gekeken naar de uitkomst per type gerechtelijke procedure, dan valt in de vergelijking tussen 2012 en 2014 met name op dat in bodemprocedures de aanbestedende dienst vaker in het gelijk werd gesteld in 2014 (zie figuren 25a en b). Echter, er zijn dusdanig weinig bodemprocedures gevoerd dat dit verschil niet als significant kan worden bestempeld. Het percentage zaken in kort geding waarbij de ondernemer wint is in de gehele onderzoeksperiode 30%, dit was 31% in het rapport 2010.

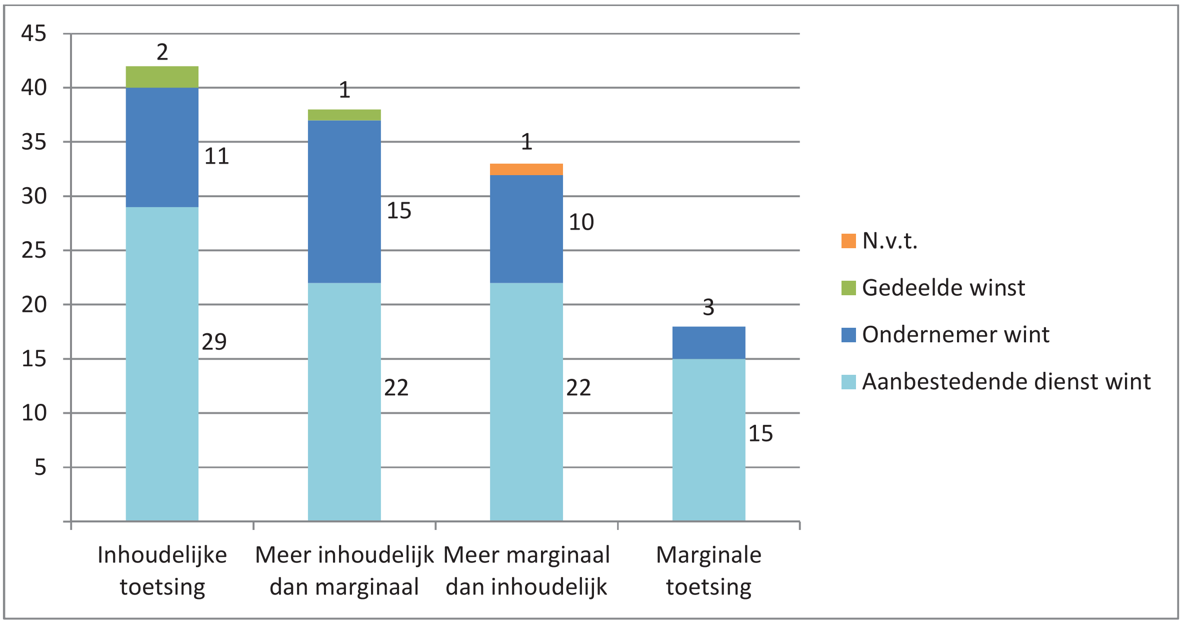


Figuur 25a: Uitkomst per type gerechtelijke procedure, 2012

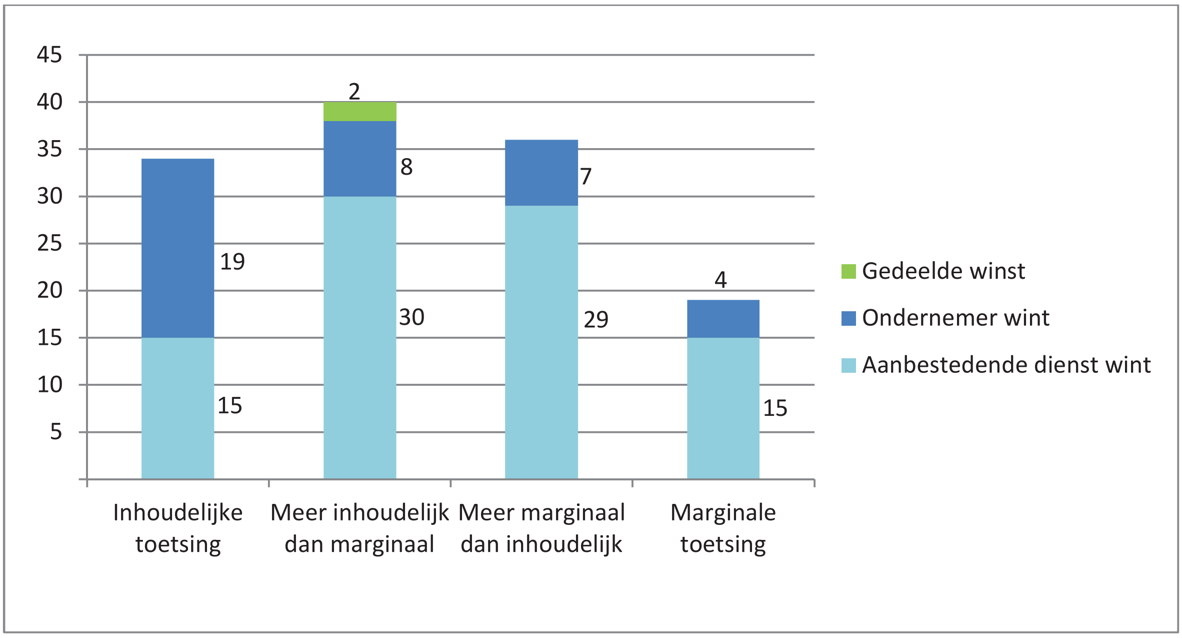


Figuur 25b: Uitkomst per type gerechtelijke procedure, 2014

Ten slotte is een uitsplitsing gemaakt naar de uitkomst van de gerechtelijke procedure per wijze van toetsing. In het geval van inhoudelijke toetsing, werd in 2012 in 69% van de gevallen de aanbestedende dienst in het gelijk gesteld. In 2014 was dit in 44% van de gevallen. Bij de andere toetsingsvormen werden aanbestedende diensten in 2014 minder vaak in het gelijk gesteld dan in 2012 (zie figuren 26a en b). In het rapport 2010 boekten aanbestedende diensten in het geval van een inhoudelijke toetsing in 52% van de gevallen winst.



Figuur 26a: Uitkomst gerechtelijke procedure, per wijze van toetsing, 2012

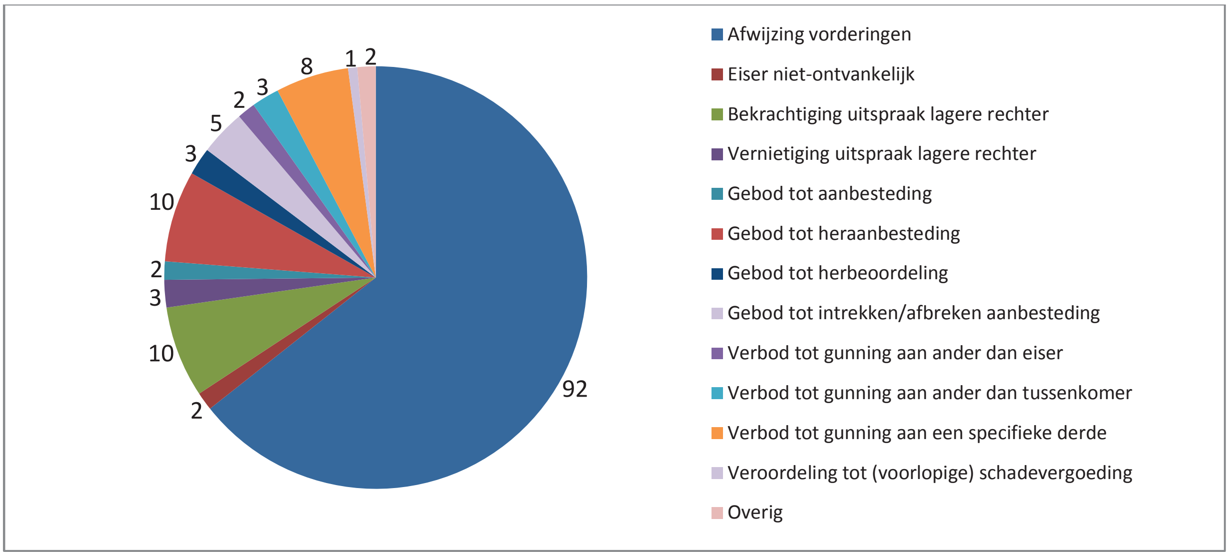


Figuur 26b: Uitkomst gerechtelijke procedure, per wijze van toetsing, 2014

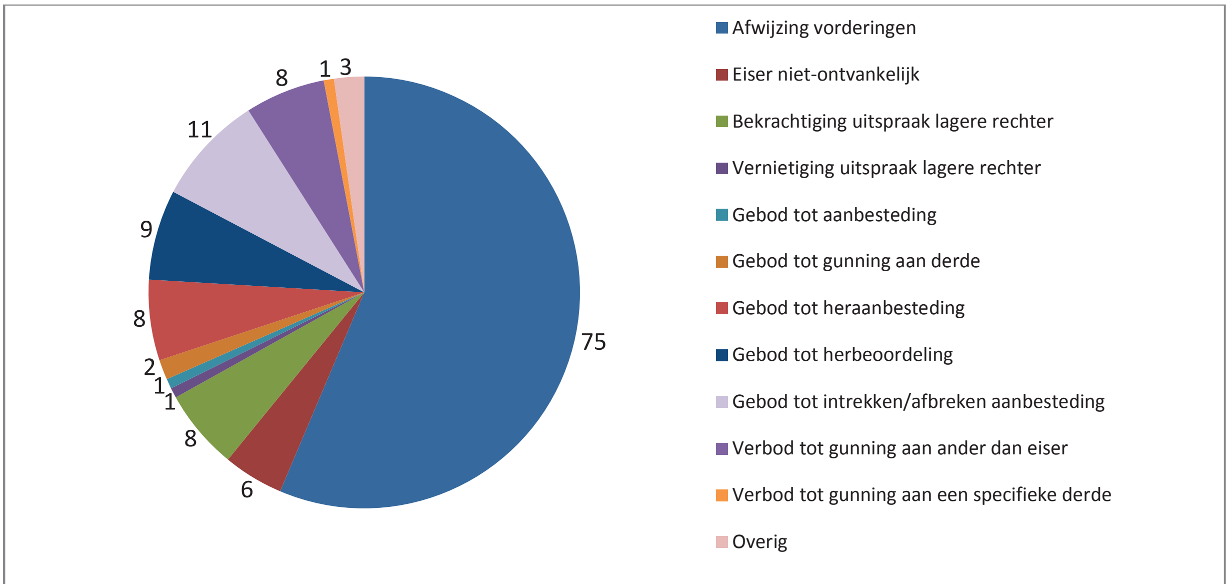
4.4 Dictum

Uit paragraaf 4.3 volgt dat de aanbestedende dienst vaker het gelijk aan zijn zijde krijgt dan ondernemers Het logische gevolg hiervan is dat afwijzing van de vordering en – in geval van hoger beroep – de bekrachtiging van het oordeel van de lagere rechter de dicta zijn die het meest voorkomen. Dit is ook terug te zien in de cijfers: in 2012 was in 71% van de gevallen sprake van een van die twee dicta

en in 2014 in 62% (zie figuren 27a en b). In het rapport 2010 was dit in 50% van de gevallen. Tussen 2012 en 2014 zijn verder geen opvallende verschillen te zien.



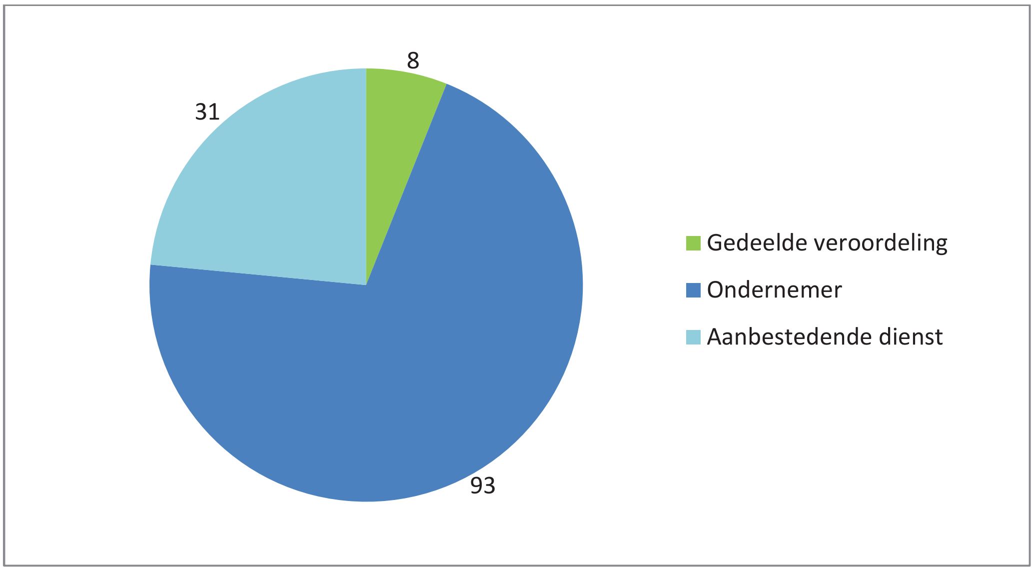
Figuur 27a: Dictum, alle gerechten, 2012



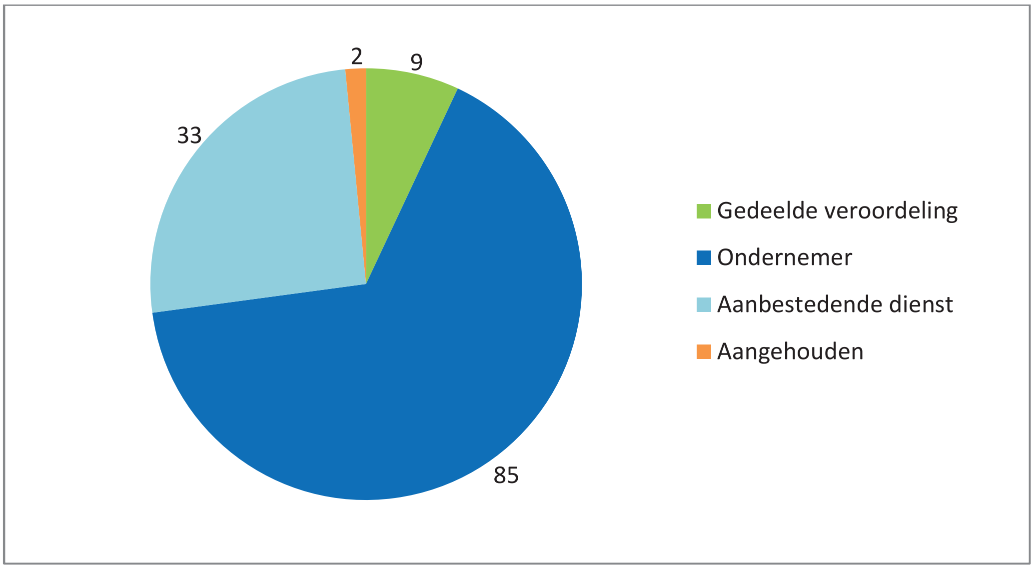
Figuur 27b: Dictum, alle gerechten, 2014

Veroordeling proceskosten

In de meeste gevallen wordt de ondernemer veroordeeld in de proceskosten. Dit hangt samen met het al eerder aangehaalde feit dat de ondernemer ook in het merendeel van de gevallen de gerechtelijke procedure verliest. De aanbestedende dienst werd in beide jaren in ongeveer een kwart van de gerechtelijke procedures veroordeeld in het betalen van de proceskosten. De ondernemer werd dit in 2012 in 70% van de gevallen en in 2014 in 66% (figuren 28a en b). Het rapport 2010 laat een zelfde beeld zien.



Figuur 28a: Veroordeling proceskosten, 2012



Figuur 28b: Veroordeling proceskosten, 2014

5. Samenvatting en conclusies

Dit hoofdstuk bevat een samenvatting van de belangrijkste bevindingen uit dit onderzoek. Gelet op het kwantitatieve karakter van het onderzoek, worden er geen verklaringen gegeven voor de informatie die naar voren komt uit de verzamelde gegevens, tenzij de verklaring eenvoudig op conto van de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet valt te schrijven.

Het doel van dit onderzoek was om op basis van een kwantitatieve analyse inzicht te krijgen in de gevoerde aanbestedingsrechtelijke geschillen uit de jaren 2012 en 2014. Ook had dit onderzoek tot doel om de verzamelde gegevens over deze twee onderzoeksperiodes met elkaar te kunnen vergelijken en moest een vergelijking met het eerdere onderzoek 'Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 1 september 2004 – 31 augustus 2009' (hierna: rapport 2010), mogelijk zijn. Hiertoe is algemene informatie over de gevoerde aanbestedingsrechtelijke geschillen verzameld, is het onderwerp van de gevoerde gerechtelijke procedures onderzocht en is gekeken naar de inhoud van de geschillen.

Algemene informatie over de uitspraken
De algemene informatie die is verzameld over de uitspraken betreft het aantal uitspraken, het type rechtszaken, het type gerechtelijke instelling dat uitspraak heeft gedaan en informatie over de gedaagden en eisers. Het aantal aanbestedingsrechtelijke uitspraken dat door de rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad tezamen is gedaan, betreft 131 in 2012 en 129 in 2014. In beide jaren nemen de rechtbanken 115 van deze uitspraken voor hun rekening en ligt het aantal procedures in kort geding boven de 90%. Het rapport 2010 laat een soortgelijk beeld zien.

Waar in 2012 42% van het totaal aantal zaken werd aangespannen tegen een gemeente, was dit in 2014 57% (dit was 44% in het rapport 2010). Het is daarbij van belang om op te merken dat dit hoge percentage deels valt te verklaren door het feit dat gemeenten meer aanbestedingsprocedures houden dan andere aanbestedende diensten. Tegen provincies werden in 2014 minder zaken aangespannen dan in 2012 (respectievelijk 2% en 8%, dit was 5,5% in het rapport 2010). Wanneer wordt gekeken naar het type ondernemer dat een zaak aanspant tegen een aanbestedende dienst, dan valt op dat in 2014 minder rechtszaken zijn gestart door ondernemingen in het MKB dan in 2012 (29% in 2014, 42% in 2012 en 36% in het rapport 2010). Hierbij moet worden opgemerkt dat in 2014, veelal door anonimisering van de uitspraken, in 28% van de gevallen de grootte van de onderneming die de zaak had aangespannen niet te achterhalen viel, terwijl dit percentage in 2012 nog op 21 lag (was 22% in het rapport 2010).

Evenals in het rapport 2010 het geval was, is in 2012 en 2014 in (bijna) driekwart van de gevallen een gerechtelijke procedure gestart nadat de aanbestedende dienst het voornemen tot gunning bekend heeft gemaakt.

Met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet werd ook de Commissie van Aanbestedingsexperts ('CvAE') geïntroduceerd. In de analyse van de rechtszaken in

het jaar 2014 is ook onderzocht in welke geschillen in een eerder stadium een klacht bij de CvAE was ingediend. In zeven onderzochte zaken was een dergelijke klacht ingediend, maar slechts in drie zaken lag er daadwerkelijk een advies van de CvAE toen de zaak werd aangespannen bij de rechtbank. In twee van deze drie zaken volgde de rechtbank het advies van de CvAE. In het derde geval nam de rechtbank op specifieke punten afstand van het oordeel van de CvAE.

Onderwerp van de gerechtelijke procedure
Gegevens die zijn verzameld inzake het onderwerp van de gerechtelijke procedure, betreffen zaken als het soort opdracht waarop het geschil betrekking heeft, de waarde van die opdracht, de gevolgde aanbestedingsprocedure en het gehanteerde gunningscriterium. In 2014 werd meer geprocedeerd over opdrachten voor werken dan in 2012 (respectievelijk 38% en 46%, dit was 37% in het rapport 2010). Het aandeel van geschillen over opdrachten voor diensten is daardoor gedaald. Als gekeken wordt naar de grootte van de aanbesteding waarover wordt geprocedeerd, dan valt te zien dat, evenals in het rapport 2010, aanbestedingen boven de drempelwaarde het grootste deel van alle rechtszaken in beslag nemen, maar dat dit aandeel in 2014 wel is afgenomen ten opzichte van 2012 (respectievelijk 62% en 76%). Samenhangend hiermee, wordt ook over openbare Europese aanbestedingsprocedures het meest geprocedeerd. Vanwege de invoering van de nieuwe aanbestedingsregelgeving, werd in 2014 op basis van andere regelgeving geprocedeerd dan in 2012. Wel springt daarbij in het oog dat in 2014 veel vaker (ook) wordt geprocedeerd op basis van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht dan in 2012 het geval was (7% in 2012 tegenover 31% in 2014). Een verklaring hiervoor is waarschijnlijk gelegen in het feit dat deze algemene beginselen, in tegenstelling tot in het Bao en het Bass, zijn opgenomen in de Aanbestedingswet.

De top vier van gevolgde aanbestedingsprocedures waarover wordt geprocedeerd bestond in 2012 en 2014 uit achtereenvolgens een Europese openbare aanbesteding (53% en 43%), een niet-openbare aanbesteding (25% en 23%), een meervoudig onderhandse aanbesteding (9% en 14%) en een nationale openbare aanbesteding (6% en 12%). Het gunningscriterium dat het meest werd gehanteerd in 2012 en 2014 is de 'economisch meest voordeling inschrijving'. Waar dit gunningscriterium in het rapport 2010 in de helft van de gevallen die hebben geleid tot een gerechtelijke procedure werd gebruikt, was dit in 2012 in 75% en in 2014 in 78% van de gevallen. Evenals in het rapport 2010, ziet zo'n 90% van de uitspraken op de selectiefase of de gunningfase van de aanbestedingsprocedure.

Inhoud van het geschil
Met betrekking tot de inhoud van het geschil zijn onder andere gegevens verzameld over de gronden voor het starten van de gerechtelijke procedure, de wijze van toetsing door de betrokken gerechtelijke instelling en de uitkomst van de gerechtelijke procedure.

In de meeste zaken wordt op meerdere gronden geprocedeerd. De grond die daarbij het meest wordt aangevoerd, is in 2012 en 2014, evenals in het rapport 2010, de (on)geldigheid van aanmeldingen en/of inschrijvingen (28% in 2012 en

31% in 2014). Ook wordt vaak geprocedeerd over niet gunnen, intrekking van de aanbestedingsprocedure of een besluit tot heraanbesteden, en het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. De twee laatstgenoemde gronden worden vaak in combinatie aangevoerd door de ondernemer. De jaren 2012 en 2014 laten hier hetzelfde beeld zien, hetgeen overeenkomt met het beeld uit het rapport 2010.

Het aantal zaken waarin wordt geprocedeerd over het proportionaliteitsbeginsel is meer dan verdubbeld tussen 2012 en 2014, maar blijft erg laag (twee zaken in 2012 (2%) en 5 zaken in 2014 (4%)). In het rapport 2010 werd 'in strijd met het proportionaliteitsbeginsel' in 10% van de zaken aangevoerd als grond.

In de meerderheid van de gevallen toetst de rechter inhoudelijk of meer inhoudelijk dan marginaal (80 van de 128 zaken, dus 63% in 2012 en 74 van de 128 zaken, dus 58% in 2014). In het rapport 2010 was dit percentage 85%. Of daadwerkelijk meer marginaal wordt getoetst, is gelet op de subjectiviteit die komt kijken bij deze beoordeling, een conclusie die hier niet kan worden getrokken.

In zowel 2012 als 2014 wordt de aanbestedende dienst in de meerderheid van de gevallen in het gelijk gesteld (respectievelijk 67% en 69%). In het rapport 2010 was dit 65% over de gehele onderzoeksperiode. In 2% van de gevallen is er in 2012 en 2014 sprake van een gedeelde winst: beide partijen krijgen deels gelijk
Wanneer wordt gekeken naar het type ondernemer dat een zaak aanspant, dan valt op dat een onderneming uit het MKB doorgaans iets succesvoller is dan het grootbedrijf. Wanneer wordt gekeken naar welke aanbestedende diensten het meest in het gelijk worden gesteld, dan zijn er tussen 2012 en 2014 weinig grote verschillen waarneembaar. Gemeenten boekten in 2012 winst in 62,5% van de zaken en in 2014 in 68% van de gevallen (dit was 63% in het rapport 2010). De kerndepartementen van de Rijksoverheid zijn in 2014 vaker in het gelijk gesteld dat in 2012 en 2010: in het rapport 2010 was dit in 68% van de gevallen, in 2012 in 72% en in 2014 in 82% van de zaken.

Uit voorgaande volgt dat er weliswaar verschillen zijn tussen 2012 en 2014, maar dat deze op geen van de onderzochte variabelen groot te noemen zijn. Ook zijn er op weinig punten grote verschillen met het rapport 2010 waarneembaar. Aangezien de Aanbestedingswet pas sinds 1 april 2013 in werking is getreden, kan louter de conclusie worden getrokken dat deze inwerkingtreding niet onmiddellijk heeft geleid tot grote veranderingen in de aanbestedingsrechtspraak.

Voor een ondernemend, duurzaam Nederland.

Het ministerie staat voor een ondernemend Nederland, met een sterke internationale concurrentiepositie en met oog voor duurzaamheid. We zetten ons in voor een uitstekend ondernemersklimaat. Door de juiste randvoorwaarden te creëren en ondernemers de ruimte te geven om te vernieuwen en te groeien. Door aandacht te hebben voor onze natuur en leefomgeving. Door samenwerking te stimuleren tussen onderzoekers en ondernemers. Zo bouwen we onze topposities in landbouw, industrie, diensten en energie verder uit en investeren we in een krachtig en duurzaam Nederland.

Dit is een uitgave van

Ministerie van Economische Zaken

Bezoekadres
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag
Telefoonnummer: 070-379 8911

Postadres
Postbus 20401
2500 EK Den Haag

www.rijksoverheid.nl/ez